

EØS-avtala sine grenser for nasjonal konkurranseregulering

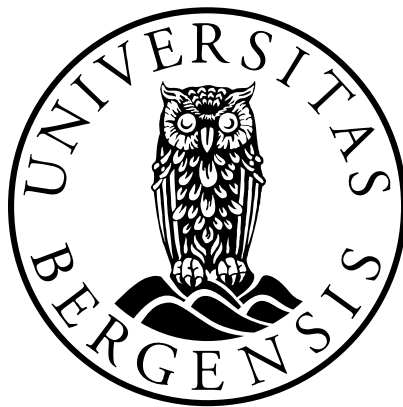
Særleg om konkurranselova § 14 sitt samspel med EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt,
reglane om dei fire fridommane og Handelsdirektivet

Kandidatnummer: 175561

Rettleiar: Tore Lunde

Tal ord: 32427

(PS! Bruk ordtellingsfunksjon. Fotnoter og sluttnoter skal medregnes i ordgrensen.
Forord, forside, innholdsfortegnelse, registre, litteraturliste og vedlegg medregnes ikke.)



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[02.06.2013]

Forord

Masteroppgåva har innebore ei bratt læringskurve for meg. Det har vore krevande å handtere tre så store problemstillingar, og ei utfordring å finne ei balanse i arbeidet med desse. I tillegg har det vore ei utfordring å ha debatten om bonuspoeng på innanlands flyreiser gåande samstundes som eg har arbeidd med oppgåva. Seinast 16.mai i vår oppheva regjeringa forskrift om forbod mot bonuspoeng i innanriks luftfart.¹ Masteroppgåva er til ein viss grad inspirert av denne debatten, og difor er det ein fordel å kjenne til denne for å forstå vinklingane på problemstillingane.

Eg vil gjerne takke professor Tore Lunde og postdoktor Ronny Gjendemsjø for solid rettleiing. I tillegg vil eg rette ein takk til fakultetet i samarbeid med Konkurransetilsynet og Norsk Forskningsråd for masterstipend. Takk til Konkurransetilsynet v/ juridisk direktør Karin Laastad for skriveplass. Takk til forskargruppa i konkurranse – og marknadsrett ved Det Juridiske Fakultet ved Universitetet i Bergen for at eg fekk vere med ei veke til London og hente inspirasjon til masteroppgåva frå fagmiljøet ved Kings College. Takk til Beccle for disposisjon av lokalar.

Takk til mine korrekturlesarar og gode venninner, lektor Elinn Devold Myklebust og advokatfullmektig Linn Terese Nyhamn Engvik.

Til slutt vil eg rette ein stor takk til familien og min sambuar, Ove Sæle Barlund, for gode råd og støtte gjennom heile året.

Bergen 2.juni 2013

Ingrid Margrethe Halvorsen

¹ Forskrift 20.juni 2007 nr. 684 om forbod mot bonusprogram i innanriks luftfart.

Innholdsliste

FORORD	2
INNHALDSLISTE	3
1. INNLEIING.....	6
1.1 TEMA OG PROBLEMSTILLING	6
1.2 RETTSLEG PLASSERING OG AVGRENING AV TEMAET	9
1.3 RETTSKJELDER OG VAL AV STRUKTUR.....	12
1.4 OPPGÅVETEKNISKE ELEMENT	17
1.5 EIN KORT PRESENTASJON AV KONKURRANSELOVA § 14	18
2. EØS-KONKURRANSELOVA § 7 ANDRE AVSNITT	22
2.1 ORDLYD	22
2.2 DEFINISJON AV AVTALE OG EINSIDIG ÅTFERD	25
2.2.1 AVTALE.....	25
2.2.2 EINSIDIG ÅTFERD	27
2.3 STILLTEIANDE KOORDINERING I HORIZONTAL FORHOLD.....	28
2.4 NEDRE GRENSE FOR AVTALEOMGREPET I VERTIKALE FORHOLD.....	31
2.4.1 GRENSE MELLOM EINSIDIGE ÅTFERDER OG AVTALER I VERTIKALE FORHOLD ETTER EØS-KONKURRANSELOVA § 7 ANDRE AVSNITT	31
2.4.2 TRE KATEGORIER AV ÅTFERDER	37
3. REGLANE OM DEI FIRE FRIDOMMANE.....	50
3.1 REGULERING GJENNOM FORSKRIFT ETTER KONKURRANSELOVA § 14 VERSUS REGLANE OM DEI FIRE FRIDOMMANE	50
3.2 KAN KONKURRANSEPOLITISKE OMSYN LEGITIMERE RESTRIKSJONAR AV DEI FIRE FRIDOMMANE?	51
3.3 LEGITIME OMSYN	54

3.4 ANALYSE.....	59
3.4.1 DEFINISJON AV ØKONOMISKE OMSYN.....	59
3.4.1.1 NASJONALPROTEKSJONISTISKE OMSYN	61
A) PROTEKSJONISTISK REGULERING DER NASJONALE PRIVATE AKTØRAR FÅR STØRRE RETT ENN UTANLANDSKE AKTØRAR.....	61
B) PROTEKSJONISTISK REGULERING I FORM AV AT NASJONALE OG PRIVATISERTE AKTØRAR FÅR STØRRE RETT ENN UTANLANDSKE AKTØRAR.....	61
3.4.1.2 PROTEKSJONISTISK REGULERING I FORM AV AT EIN PRIVAT AKTØR FÅR MARKNADSTILGANG TIL SKILNAD FRÅ ANDRE AKTØRAR UAVHENGIG AV NASJONALITET	63
3.5 LEGITIMT LIKEVEL?	64
3.5.1 REALITETANE	64
3.5.2 SNEVER FORSTÅING AV RESTRIKSJONSOMGREPET	65
3.5.3 DER DET ØKONOMISKE OMSYNET BERRE ER EIT SIDEOMSYN.....	67
3.5.4 DER ØKONOMISKE OMSYN BERRE ER EIT MIDDEL FOR Å OPPNÅ EIT MÅL AV OFFENTLEG INTERESSE.....	69
3.5.5 MOGELEGE FORKLARINGAR PÅ EU-DOMSTOLEN SIN PRAKSIS	71
3.5.6 RESULTAT AV ANALYSEN	74
3.6 KORLEIS VERT KONKURRANSEPOLITISKE OMSYN UNDER KONKURRANSELOVA § 14 PÅVERKA AV EU-DOMSTOLEN SI HALDNING TIL FORBODET MOT ØKONOMISKE OMSYN?.....	79
3.6.1 DEFINISJON AV KONKURRANSEPOLITISKE OMSYN	79
3.6.2 MOT EI LIBERALISERING HER ÒG?	80
4. HANDELSDIREKTIVET	85
4.1 ER HANDELSDIREKTIVET EI HINDRING FOR FORSKRIFTER ETTER KONKURRANSELOVA § 14?	85
4.2 VERKEOMRÅDE.....	87

4.2.1 KVA ER «HANDELSPRAKSIS» I DIREKTIVET SI TYDING?	89
4.2.2 KRAVET TIL URIMELEGHEIT	91
4.2.3 VIL INDIREKTE PÅVERKNAD AV FORBRUKARANE SINE INTERESSER VERTE RAMMA AV DIREKTIVET?	93
4.3 HAR EIN MEINT Å RAMME REGULERINGAR AV EFFEKTIV KONKURRANSE?102	
4.3.1 EFFEKTIV VERSUS RETTFERDIG KONKURRANSEREGULERING	102
4.3.2 FORBRUKAROMGREPET	104
5. AVSLUTNING OG OPPSUMMERING.....	108
6. KJELDER	110
6.1 LITTERATUR	110
6.2 RETTSPRAKSIS	112
6.3 TRAKTATAR.....	117
6.4 DIREKTIV OG FORORDNINGAR.....	117
6.5 FRAMLEGG TIL NY SEKUNDÆRLOVGJEVING	118
6.6 PUBLIKASJONAR FRÅ KOMMISJONEN	118
6.7 NORSK LOVGIVING	119
6.8 NORSKE OFFENTLEGE DOKUMENT	120
6.9 INTERNETT	120
7. LISTER OVER TABELLER, FIGURER O.L.....	122
7.1 UTDRAK FRA ARBEJDSKONTORER FRA KOMMISSIONENS TJENESTEGRENE: VEJLEDNING I GENNEMFØRELSEN/ANVENDELSEN AV DIREKTIV 2005/29/EF OM URIMELIG HANDELSPRAKSIS, SEK(2009) 1666.....	122

1. Innleiing

1.1 Tema og problemstilling

Hovudproblemstillinga i denne masteroppgåva er kva grenser EØS-avtala set for nasjonal konkurranseregulering av marknader, og då nærare bestemt i kva grad dei norske styresmaktene sin handlingsfridom til å gi forskrifter etter lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranselova) § 14, vert avgrensa av lov 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler (EØS-konkurranselova) § 7 andre avsnitt, reglane om dei fire fridommane, og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked (Handelsdirektivet).²

Konkurranselova § 14 har følgjande ordlyd:

«Dersom det er nødvendig for å fremme konkurransen i markedene, kan Kongen ved forskrift gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål.»

Ein nærare presentasjon av føresegna vil kome under punkt 1.5 i oppgåva.

Med tanke på nasjonal konkurranseregulering etter konkurranselova § 14, er det særleg desse tre nemnde regelsetta Noreg har teke inn gjennom EØS-avtala som er interessante. I det følgjande vil eg først kort presentere dei problemstillingane som desse tre regelsetta reiser overfor konkurranselova § 14. Desse problemstillingane vil så få ein grundigare gjennomgang i del 2, del 3 og del 4 av oppgåva.

² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked, EU-Tidende nr. L 149 af 11.juni 2005 s. 22-39.

EØS-konkurranselova § 7 regulerer tilhøvet mellom norsk konkurranselovgeving og EØS-avtala artikkel 53 og 54.³ Føreseigna sitt andre avsnitt slår fast at

«Anvendelsen av norsk konkurranselovgeving må ikke føre til forbud mot avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen som omtalt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, eller som oppfyller vilkårene etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, eller som er omfattet av et gruppefritak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3. Konkurransemyndighetene er ikke etter denne bestemmelse forhindret fra å anvende mer restriktiv norsk lovgivning som forbyr eller sanksjonerer foretaks ensidige atferd.»

EØS-avtala artikkel 53 og 54 omhandlar høvesvis eit forbod mot konkurranseavgrensande samarbeid og mot misbruk av dominerande stilling. EØS-konkurranselova § 7 er den nasjonale gjennomføringa av ODA-protokoll 4 kapittel II artikkel 3, og svarar til Rådets forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 3 (Forordning 1/2003) artikkel 3.⁴

Masteroppgåva vil ta føre seg kva slags typar åtferder som kan verte regulert strengare nasjonalt gjennom forskrifter, jamfør konkurranselova § 14 og EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt. EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt stengjer for strengare regulering av konkurranseavgrensande samarbeid etter EØS-avtala 53, men av siste setning går det fram at konkurransestyresmaktene står fritt til å regulere einsidige åtferder strengare enn det som følgjer av EØS-avtala. Eg vil søkje å klarleggje kvar grensa vert trekt opp mellom avtaler og einsidige åtferder i vertikale forhold etter EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt. Det verkar å skje ein overlapp av åtferder som kan verte subsumert under begge definisjonane gitt i rettspraksis av einsidige åtferder, og av avtaler i EØS-avtala artikkel 53 si tyding.⁵ I tillegg vil

³ EØS-avtala sin hovuddel, Del IV: Konkurranseregler og andre felles regler, Kapittel 1: Bestemmelser for foretak.

⁴ Avtalen mellom EFTA-statane om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA-avtala) frå 2. mai 1992, protokoll 4 kapittel II. Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, EFT L 1 af 4.1.2003, s. 1–25.

⁵ Sak T-18/03 *CD-Contact Data mot Kommisjonen*, Sml. 2009 s. II-1021. T-56/02 *Bayerische Hypo – und Vereinsbank mot Kommisjonen*, Sml. 2004 s. II-3495. Sameina saker C-2/01 P og C-3/01 P *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV og Kommisjonen mot Bayer AG*, Sml. 2004 s. I-23. Sak C-74/04 P *Kommisjonen mot Volkswagen AG*, Sml. 2006 s. I-6585. Odudu 2006, s. 61. Gjendemsjø 2011, s. 85.

eg kort ta føre meg den nedre grensa av avtaleomgrepet i horisontale forhold etter EØS-avtala artikkel 53, for å sjå om stillteiane koordinering kan verte regulert strengare etter konkurranselova § 14, jamfør EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt.⁶ Kvar ein plasserer desse åtferdene i EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt er avgjerande for konkurranselova § 14 sin gjennomslagskraft der samhandelen er påverka.

Reglane om dei fire fridommane, det vil seie fri flyt av varer, personar, tenester og kapital, utgjør kjernen av EØS-avtala og er nedskrivne i avtala sin hovuddel artikkel 1.⁷ Eg skal vurdere om konkurransepolitiske omsyn kan legitimere restriksjonar av dei fire fridommane, sjølv om desse restriksjonane tilsynelatande ikkje er tillatne etter forbodet mot økonomiske omsyn utvikla i rettspraksis.⁸

I del 4 vil oppgåva ta føre seg Handelsdirektivet, som er eit totalharmoniseringsdirektiv om urimeleg handelspraksis overfor forbrukarar.⁹ På engelsk vert direktivet kalla «the UCP-directive», som står for «Unfair Commercial Practices». Direktivet er i norsk rett gjennomført ved lov 9.januar 2009 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (marknadsføringslova) kapittel 2. Spørsmålet oppgåva skal svare på er om forskrifter gitt med heimel i konkurranselova § 14 kan vere omfatta av Handelsdirektivet.

Ei forskrift etter konkurranselova § 14 som er i strid med eitt eller fleire av dei tre regelsetta nemnde ovanfor vil vere ugyldig, jamfør EØS-avtala § 2 og forrangsprinsippet i EU.

⁶ Årsaka til at avtaleomgrepet er referansepunktet, vert forklart under punkt 2.2.1

⁷ Sjå Traktaten om den Europeiske Unions funksjonsmåte (TEUF) artikkel 26 andre avsnitt som slår fast at den indre marknad «indebærer et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital i overensstemmelse med bestemmelserne i traktaterne».

⁸ Sak 7-61 *Kommisjonen mot Italia*, Sml. dansk spesialutgave 1954-1964 s. 271. C-367/98 *Kommisjonen mot Portugal*, Sml. 2002 s. I-4731.

⁹ Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked, EU-Tidende nr. L 149 af 11.juni 2005 s. 22-39, innlemma i EØS-avtala 16. februar 2007 og gjort til norsk rett gjennom marknadsføringslova kapittel 2 9.januar 2009.

1.2 Rettsleg plassering og avgrensing av temaet

Gjennom EØS-avtala tek Noreg del i EU sitt økonomiske samarbeid om å skape ein felles indre marknad. Det overordna føremålet med avtala er å utvide EU sin indre marknad til tre av EFTA-landa. EØS-avtala har difor vidareført mange av dei reglane som EU sjølv har utarbeida for sin indre marknad. I denne oppgåva skal eg greie ut om samspelet mellom nokre av desse reglane og nasjonal konkurranseregulering etter konkurranselova §14. Det er viktig å presisere at problemstillingane som oppgåva tek føre seg om konkurranselova § 14, ikkje gjer seg gjeldande der vi berre er innanfor norsk jurisdiksjon.

Noreg er saman med Island, Liechtenstein og Sveits, ein av dei fire statane som framleis er med i Det Europeiske Frihandelsforbund, ein folkerettsleg avtale mest kjend under forkortinga EFTA-avtala. I 1994 inngjekk tre av dei fire EFTA-statane, Noreg, Island og Liechtenstein, ein folkerettsleg europeisk økonomisk samarbeidsavtale med Den Europeiske Union (EU). Denne samarbeidsavtala fekk namnet «EØS-avtala» og er den største og mest omfattande internasjonale avtala Noreg har undertekna.

Frå eit overordna perspektiv går drøftinga i denne oppgåva altså ut på i kva grad Noreg slepp til med eiga nasjonal konkurranseregulering på rettsområde som er omfatta av samarbeidet. Tilhøvet mellom det nasjonale sjølvstyret og marknadsintegrasjonen er eit politisk spel som er i stadig endring. Utviklinga av samarbeidet er ein pågåande prosess, som ikkje alltid går knirkefritt føre seg. Norske styresmakter har valt å harmonisere delar av den nasjonale konkurranseretten med EØS-retten, noko som har gjort at faren for at nasjonale reguleringar strir mot EØS-retten er mindre, men langt frå borte.

Tilhøvet mellom konkurranselova § 14 og EØS-avtala har vist seg å gi grobotn for konflikt. I den samanheng vil eg framheve konflikten mellom EFTA sitt overvakingsorgan (ESA) og Den norske stat v/Fornyings, administrasjons – og kyrkjedepartementet (FAD), og Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden (SAS) og staten v/FAD om forskrift 20.juni 2007 nr. 684 om forbod mot bonusprogram i innanriks luftfart (Flybonusforskrifta).

Mykje av årsaka til at det oppstår konflikt kan ein forklare med at dei nasjonale og overnasjonale partane har ulike oppfatningar av kvar grensa mellom den nasjonale jurisdiksjonen og EØS sin jurisdiksjon skal gå, og at rettskjeldene er uklare. Om dei ulike oppfatningane har oppstått på grunn av dei uklare rettskjeldene, eller om situasjonen er omvendt, er vanskeleg å seie. Det mest realistiske er kanskje å seie at det går begge vegar.

Eg har ikkje lukkast i å finne føresegner som er identiske med konkurranselover § 14 hos nokon av dei andre medlemsstatane under arbeidet med denne oppgåva. Så langt verkar difor konkurranselover § 14 å vere unik når det gjeld det å vere ein forskriftsheimel som utelukkande tek sikte på å sikre effektiv konkurranse.¹⁰

Forskriftsheimelen i konkurranselover § 14 har hittil vorte nytta i to tilfelle, den eine gongen ved Flybonusforskrifta, og den andre gongen ved forskrift 9.september 2009 nr. 1169 om tilgang til bustadannonsering på internett. Begge forskriftene har vore mykje omdiskuterte, men det er særleg førstnemnde som er bakgrunnen for fleire av problemstillingane som denne masteroppgåva tek føre seg. Særleg gjeld dette problemstillingane knytt til reglane om dei fire fridommene og Handelsdirektivet. Eg vil ikkje gå nærare inn på forskriftene konkret, men Flybonusforskrifta vil ofte verte referert til i oppgåva.

Debatten om flybonuspoeng på innanlandsreiser har gått samstundes som eg har arbeidd med denne masteroppgåva. Nasjonale styresmakter har stått i direkte konflikt med ESA om korleis gjeldande rett skal verte forstått. På tross av at ESA hevda at forbudet var i strid med fleire reglar i EØS-avtala sommaren 2012, valde norske styresmakter å vidareføre Flybonusforskrifta med unntak av tre ruter fram til våren 2013.¹¹ Konflikten kulminerte i at SAS-Noreg trassa styresmaktene og innførte bonuspoeng på innanlands flyreiser for forretningsreisande.¹² SAS tok våren 2013 saka inn for retten i tillegg til å klage vedtaket om å

¹⁰ Eg vil likevel vise til at det i England pågår ein god del nye endringar både når det gjeld konkurransestyresmaktene og konkurransereglane. Mellom anna skal Office of Fair Trading og Competition Commission fusjonere og utgjere ei konkurransestyresmakt. Desse endringane kan kanskje vere av interesse når det gjeld konkurranselover § 14. Sjå Enterprise and Regulatory Reform Act (ERRA), vedteke 25.april 2013 http://www.cliffordchance.com/publicationviews/publications/2013/04/enterprise_and_regulatoryreformact2013theu.html (lesedato 30/5-2013).

¹¹ Oslo-Bergen, Oslo-Trondheim, Oslo-Stavanger. ESA sitt brev: http://www.nettavisen.no/multimedia/na/archive/01077/esa-bonusforbud_1077189a.pdf (lesedato: 20/8-2012) FAD sitt brev: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/pressesenter/pressemeldinger/2012/bonusforbud-ikke-i-strid-med-eos-avtala.html?id=705404> (lesedato: 18/10-2012).

¹² Sjå mellom anna nyhendeoppslag i Aftenposten: <http://www.aftenposten.no/okonomi/SAS-stevner-den-norske-stat-og-innforer-bonuspoeng-i-Norge-7131244.html> (lesedato: 26/2-2013).

halde fram med forbodet inn for ESA. 16.mai 2013 oppheva regjeringa forskrifta, men partane er framleis ueinige om det rettslege når det gjeld EØS-avtala.¹³

Sjølv om det finst mykje forskning på mange av dei emna som oppgåva tek føre seg, finst det lite forskning på akkurat dei problemstillingane som her er formulerte. EØS-avtala stiller opp eit omfattande marknadsregelverk, og det er vanskeleg å tenkje på absolutt alle samspela mellom regelverka både innanfor EØS og mellom EØS og medlemsstatane. Difor vert det slik at rettsbrukaren får ei rolle i utviklinga av samarbeidet ved å avdekkje hòl i systema, som det er behov for å tette igjen.

Problemstillingane er kompliserte og uavklarte, og eg har ikkje funne mykje stoff som konkret gjeld korleis regelsetta påverkar konkurranselova § 14. Sjølv om dette er kompliserte spørsmål, er det å få ei avklaring på dei ein føresetnad for å få til eit fungerande samarbeid.

Eg hadde håpa på at utfallet av debatten om flybonuspoeng ville gi ein del avklaringar, men ettersom forskrifta no er oppheva spørs det om ein vil få nokon avklaringar i næraste framtid. Likevel håpar eg denne masteroppgåva kan medverke til å vise at det dreiar seg om spørsmål av sentral tyding for konkurranselova § 14 si gjennomslagskraft både i EØS og nasjonalt, og at oppgåva kan medverke til å finne eit svar på eit par av dei. FAD har føreslått å vidareføre konkurranselova § 14 i den nye konkurranselova som kjem i løpet av 2013, noko som understrekar aktualiteten av desse problemstillingane.¹⁴

¹³ Sjå regjeringa si pressemelding:
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/pressemeldinger/2013/bonusopptjening-tillates-pa-innenlandske.html?id=727127> (lesedato: 16/5-2013).

¹⁴ Prop. 75 L (2012-2013).

1.3 Rettskjelder og val av struktur

Dette er ei tradisjonell juridisk oppgåve i den forstand at eg tek utgangspunkt i rettskjeldene for å avklare kva som er gjeldande rett på området. Konkret dreiar det seg her om samspelet mellom ei nasjonal føresegn og EØS-avtala, og spørsmålet om EØS-avtala heilt eller berre delvis stengjer for nasjonal, effektiv konkurranseregulering gjennom forskrifter med heimel i konkurranselova § 14. EØS-rettsleg metode, som svarar til den EU-rettslege metode ved felles reglar, er dermed sentral i oppgåva.¹⁵

Ettersom oppgåva ikkje reiser nokon særeigne metodiske problem, vil eg ikkje gå nærare inn på den EU-rettslege metoden. Tilsvarande gjeld val av rettspraksis. Masteroppgåva reiser ikkje nokon problemstillingar når det gjeld val av dommar, mykje fordi det ofte ikkje finst andre dommar som omhandlar dei aktuelle emna. I denne samanheng ønskjer eg likevel å nemne at eg i arbeidet med oppgåva har lese fleire retningslinjer og merknader både frå Kommisjonen og generaladvokatane, som eg òg vil vise til i oppgåva. Sjølv om desse ikkje har formell rettskjeldevekt, har dei vore eit nyttig hjelpemiddel for meg for å forstå EU-domstolen sin praksis.¹⁶

Strukturen i oppgåva er mykje motivert av at eg ønskjer å gi ei systematisk framstilling av samspelet mellom EØS-reglane og forskrifter gitt med heimel i konkurranselova § 14. Alle regelsetta fungerer som grenser for nasjonal effektiv konkurranseregulering, men det er nokre skilnader som er viktige å få fram med tanke på samspelet mellom reglane. Desse skilnadane forklarar i stor grad tilnærminga mi til dei ulike problemstillingane.

¹⁵ Herdis Helle, *Konkurransereglane i EU – og EØS-retten som skranke for nasjonale styresmakter*, avhandling for graden philosophiae doctor (ph.d.), Universitetet i Bergen 2013 s. 8-9. Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, Bergen 2012 s. 127 med vidare referansar.

¹⁶ TEU artikkel 19 og TEUF artikkel 252. Fredriksen og Mathiesen 2011, s. 108 og s. 218. Sak C-360/09 *Pfleiderer AG mod Bundeskartellamt*, Sml. 2011 s. I-5161. Sak C-226/11 *Expedia Inc. mod Autorité de la concurrence m.fl.*, Sml 2012, endå ikkje publisert.

Dei tre regelsetta fungerer i utgangspunktet heilt uavhengig av kvarandre, noko som forklarar kvifor eg handsamar dei kvar for seg, og ikkje parallelt. Kvart av regelsetta stiller opp ulike reglar om jurisdiksjon, det vil seie kva slags kvalitative og kvantitative normer ein krev for at regelsetta kjem i bruk.¹⁷ Idet eitt eller fleire av desse regelsetta kjem i bruk, må ein vurdere om ei forskrift med heimel i konkurranselova § 14 er i strid med EØS-avtala eller ikkje.

For at EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt skal gjere seg gjeldande, må samhandelen vere påverka. Bevisbyrda for at samhandelen er påverka ligg hos den parten som hevdar det har vore eit brot på reglane.¹⁸ Idet ei forskrift etter konkurranselova § 14 regulerer eit tilfelle som påverkar samhandelen innanfor EØS, er norske styresmakter underlagde dei pliktene som følgjer av EØS-konkurransereglane, samt dei grensene som vert sett opp for deira tilgang til effektiv konkurranseregulering. I rettspraksis er kriteriet formulert som følgjer:

«En vedtagelse, aftale eller samordnet praksis kan imidlertid bare paavirke handelen mellem medlemsstater, saafremt det paa grundlag af en flerhed af objektive, retlige eller faktiske omstaendigheder med tilstraekkelig sandsynlighed kan forudses, at den kan udoeve en direkte eller indirekte, aktuel eller potentiel indflydelse paa handelen mellem medlemsstater paa en maade, der kan vaere til skade for virkeliggoerelsen af maalene for et mellemstatsligt enhedsmarked. Desuden maa denne indflydelse ikke vaere ubetydelig»¹⁹

Verknaden kan vere både direkte og indirekte, og det er òg tilstrekkeleg at han berre er *eigna* til å påverke samhandelen. I tillegg vert det tolka inn eit *de minimis-krav*, det vil seie at verknaden må vere av eit visst omfang både geografisk og økonomisk.

«NAAT-regelen» («The non-appreciable affectation of trade-rule») gir ei minstegrense for marknadsandel og omsetnad, sjå Forordning 1/2003 punkt 52.

¹⁷ Helle 2013, s. 46-49. Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett*, Oslo 2011 s. 301. Fredriksen og Mathiesen 2012, s. 57.

¹⁸ Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, EFT L 1 af 4.1.2003, s. 1-25, artikkel 2. Sak C-49/92 P *Kommisjonen mot Anic Partecipazioni Spa*, Sml. 1999 s. I-4125.

¹⁹ Sak C-306/96 *Javico International and Javico AG mot Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP)*, Sml. 1998 s. I-1983 avsnitt 16.

For at reglane om dei fire fridommane skal kome i bruk, vert det stilt krav om tilknytning til EØS.²⁰ Bevisbyrda for dette ligg hos den som hevdar at det ligg føre ein restriksjon av ein eller fleire av fridommane.²¹ Tilknytninga må vere både dynamisk i form av rørsle av fridommane mellom EØS-landa, og statisk i form av tilknytning til eit EØS-land.²²

Den statiske tilknytninga inneber at varer må ha opphav i EØS, sjå EØS-avtala artikkel 8 andre avsnitt og protokoll 4. Arbeidstakarar, sjølvstendig næringsdrivande og fysiske tenesteytarar må ha statsborgarskap i ein medlemsstat, jamfør artikkel 28 andre avsnitt og artikkel 31 nummer 1. Juridiske personar og tenesteytarar må vere heimehøyrande i ein medlemsstat, sjå artikkel 31 nummer 1 og artikkel 39, jamfør artikkel 34. Til slutt må kapitalen høyre til ein fysisk person busett i, eller ein juridisk person heimehøyrande i ein medlemsstat, sjå artikkel 40.

Medan kravet til den statiske tilknytninga gjeld generelt, er det ikkje grunnlag for å stille eit generelt krav om dynamisk grenseoverskridande element. Dette vil variere innanfor dei ulike fridommane. EU-domstolen sin praksis viser at kravet til eit grenseoverskridande element har vorte mindre, og at det «[i] dagens situasjon derfor er lite vunnet ved å oppstille et generelt krav om grenseoverskridande element. Man må gå inn i de enkelte reglene om de fire friheter ... ».²³ Eg skal ikkje utdjupe korleis kravet stiller seg for dei ulike fridommane utover det å påpeike at det er variasjonar i kor strengt kravet vert praktisert under dei ulike reglane.²⁴

Ei forskrift med heimel i konkurranselover § 14 må difor gjelde anten varer, personar, tenester eller kapital som oppfyller kravet til den statiske tilknytninga, og i tillegg flyttar seg mellom

²⁰ Helle 2013, s. 48 med vidare referansar. Fredriksen og Mathiesen 2012, s. 57 med vidare referansar.

²¹ Sak C-175/78 *La Reine mot Vera Ann Saunders*, Sml. 1979 s. 1129. Sak C-348/96 *Straffesak mot Donatella Calfa*, Sml. 1999 s. I-11.

²² Fredriksen og Mathiesen 2012, s. 57 med vidare referansar.

²³ Sejersted mfl.2011, s. 301.

²⁴ Helle 2013, s. 50-51.

medlemsstatane.²⁵ I praksis er det små skilnader frå samhandelskriteriet, men regelsetta som jurisdiksjonsnormene aktiverer, er vidt forskjellige og uavhengige av kvarandre.

Ein god illustrasjon på at ein praktiserer med ulike reglar om jurisdiksjon, gir vernet mot omvendt diskriminering. I motsetnad til reglane om dei fire fridommane, gir konkurransereglane vern mot omvendt diskriminering. Det vil seie at konkurransereglane gjer det mogleg for rettssubjekt i ein medlemsstat å angripe offentlege reglar som gir utanlandske aktørar betre rettar enn dei nasjonale aktørane.²⁶ I teorien er det omdiskutert at reglane om dei fire fridommane ikkje gir vern mot omvendt diskriminering, men dette vert ikkje utdjupa ytterlegare i denne masteroppgåva.²⁷ I tillegg vil eg nemne at reglane om jurisdiksjon ikkje kjem direkte fram av traktatteksten under reglane om dei fire fridommane, til skilnad frå konkurransereglane jamfør EØS-avtala artikkel 53 første avsnitt.

Det går eit viktig skilje mellom reglane om jurisdiksjon i dei to første regelsetta og reglane om jurisdiksjon i det siste regelsettet om Handelsdirektivet. Handelsdirektivet er eit totalharmoniseringsdirektiv; det vil seie at det er stengd for ei forskrift med heimel i konkurranselova § 14 dersom forskrifta stiller opp ein avvikande regel på direktivet sitt område. Jurisdiksjonsspørsmålet stiller seg dermed noko annleis under direktivet ettersom det ikkje har noko tyding om ei forskrift med heimel i konkurranselova § 14 berre rammar nasjonalt eller òg mellom medlemsstatane, eller i kor stor grad dette skjer. Totalharmonisering inneber at medlemsstatane ikkje har rett til å regulere vern mot urimeleg handelspraksis overfor forbrukarar utover direktivet sine rammer.

Dette vil seie at dersom reglane om jurisdiksjon i dei to første regelsetta er oppfylte, innskrenkar dette styresmaktene sitt høve til å gi forskrifter med heimel i konkurranselova §

²⁵ Fredriksen og Mathiesen 2012, s. 57 med vidare referansar.

²⁶ Sak C-41/90 Klaus Höfner og Fritz Elser mot Macrotron GmbH., Sml. 1991 s. I-1979.

²⁷ Helle 2013, s. 48-56.

14, men det medfører ikkje ei stengd dør for nasjonal konkurranseregulering på same måte som under Handelsdirektivet.

Reglane om jurisdiksjon og korleis desse er med på å styre retten for styresmaktene til å kome med forskrifter med heimel i konkurranselover § 14, har i tillegg påverka sjølv strukturen for kvar einskild del av masteroppgåva. At det er stengd for strengare avvikande regulering på direktivet sitt område, har gjort at framstillinga på dette punktet har vore konsentrert rundt spørsmålet om ei forskrift med heimel i konkurranselover § 14 er omfatta av direktivet sitt verkeområde eller ikkje. For dei to andre regelsetta er dette òg eit spørsmål, men her må ein gå vidare då det ikkje er dette som er det avgjerande spørsmålet når det gjeld kor vidt ei forskrift med heimel i konkurranselover § 14 er i strid med EØS-avtala. For dei fire fridommane og Handelsdirektivet er det forskrifta og innhaldet i denne i seg sjølv som er det problematiske. For EØS-konkurranselover § 7 derimot, er det tilfella som forskrifta regulerer, som er av tyding.

For EØS-konkurransereglane er det ordlyden i EØS-konkurranselover § 7 andre avsnitt siste setning som har vore problemstillinga, nærare bestemt spørsmålet om kva slags typar åtferder som kan verte regulerte strengare gjennom nasjonale forskrifter enn det som følgjer av EØS-avtala.

Del 3 om dei fire fridommane har den mest innfløkte strukturen, noko som heng saman med at det er her det finst flest mogelege «passasjar» før ein kan vite om ei forskrift med heimel i konkurranselover § 14 er i strid med EØS-avtala. Her må ein i tillegg til reglane om jurisdiksjon ta stilling til om forskrifta utgjer ein restriksjon av ein eller fleire av fridommane. Gjer ho ikkje det, strir ikkje forskrifta imot reglane. Utgjer forskrifta ein restriksjon, må ein vidare ta stilling til om restriksjonen unntaksvis kan verte tillaten. I denne masteroppgåva vert det lagt til grunn at forskrifta utgjer ein restriksjon då det berre er det eine legitimeringsvilkåret om føremål eg skal konsentrere meg om.

1.4 Oppgåvetekniske element

Eg har valt å sitere rettspraksis frå domstolane i EU på dansk der det er mogleg, sidan dette er det språket blant EU-medlemsstatane som er nærast norsk. I tillegg nyttar eg dei offisielle danske språkversjonane av forordningar og direktiv. Som i vår nasjonale rett, er det eit domstolshierarki i EU. Den Europeiske Unions Domstol omfattar det eg refererer til som Retten, eit antal spesialrettar og i siste instans EU-domstolen. Rettspraksis om TEUF artikkel 101 og artikkel 102 (tidlegare EF-traktaten artikkel 81 og 82 og før det igjen artikkel 85 og 86) veg tungt for forståinga av EØS-avtala artikkel 53 og 54.²⁸ Dette vil igjen ha tyding for tolkinga av konkurranselover §§ 10 og 11 jamfør lover sitt føremål om harmonisering med EU-retten.²⁹ Der det ikkje er noko som tilseier at eg skal vise til dei andre føresegnene, vert det vist til EØS-avtala artikkel 53 og 54.

Når det gjeld dei fire fridomane, har eg valt å refere til fridomane som «reglane om dei fire fridomane». Eg kunne i staden referert til desse som til dømes «prinsippa om dei fire fridomane» eller «prinsippa/reglane om fri flyt». Det er mange variantar i litteraturen, men eg tok eit medvite val om å nytte ei nemning konsekvent.

²⁸ Sak E-3/97 Jan og Kristian Jæger AS støtta av Norges Bilbransjeforbund mot Opel Norge AS, EFTA Ct. Rep 1998 s. 1 avsnitt 35. E-7/01 Hegelstad Eiendomsselskap Arvid B. Hegelstad mfl. mot Hydro Texaco AS EFTA Ct. Rep 2002 s. 310 avsnitt 27. Sameina saker E-9/07 og E-10/07 L'Oréal Norge AS L'Oréal SA mot Per Aarskog AS, Nille AS, Smart Club AS, EFTA Ct. Rep 2008 s. 259 avsnitt 27.

²⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranselover) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranselover) s. 68 og s. 224.

1.5 Ein kort presentasjon av konkurranselover § 14

Konkurranselover § 14 gir det offentlege heimel til å regulere konkurransen i nasjonale marknader gjennom forskrifter, både i form av forbod og påbod.³⁰ Heimelen er delegert til FAD. Det er såleis departementet som gir forskrifter som vanlegvis vert førebudd og utarbeida av Konkurransetilsynet.³¹ Føresegna var ny i konkurranselover frå 2004 og har i utgangspunktet ein relativt ukomplisert posisjon når ho berre regulerer tilhøve innanfor norsk jurisdiksjon. Føresegna står noko på sida av det sentrale harmoniseringsføremålet bak konkurranselover frå 2004, men er likevel føreslått vidareført i den nye konkurranselover.³²

Føresegna vart vedteken fordi ein såg eit behov for ytterlegare middel mot konkurranseavgrensande åtferd som ikkje vart fanga opp verken av konkurranselover §§ 10 eller 11. Konkurranselover §§ 10 og 11 hadde erstatta den dåverande § 3-10 i konkurranselover av 1993.³³ Sistnemnde var ei meir fleksibel føresegn enn desse to nye føresegnene som kom med EØS-avtala, og fanga opp ein del meir konkurranseavgrensande åtferd. Departementet slutta seg dermed til eit forslag frå eit mindretal i Konkurranselovutvalet om å innføre ei føresegn som gav styresmaktene heimel til å kunne sikre konkurransen gjennom forskrifter.³⁴ Ei forskrift etter konkurranselover § 14 er generell, det vil seie at forskrifta ikkje berre rettar seg mot den konkrete konkurranseavgrensande åtferda som aktiverer føresegna, men mot alle åtferder av denne typen. Til skilnad frå enkeltvedtak som berre har avgrensa omfang og varigheit, framheva mindretalet at eit slik høve til regulering gjennom forskrift ville ramme meir tenleg på den måten at ein vart kvitt problemet ein gong for alle så lenge behovet for forskrifta vart vurdert fortløpande.³⁵

³⁰ NOU 2013: 6 God handelsskikk i dagligvarekjeden s. 94.

³¹ *ibid* s. 92-93.

³² NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov s 159.

³³ Ot. prp. nr. 41 (1992-1993) om A) lov om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranselover) og b) lov om pristiltak.

³⁴ NOU 2003: 12 s. 69. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 73.

³⁵ *ibid*.

Behovet for konkurranselova § 14 er dermed størst i dei tilfella der det anten ikkje kan verte bevist noka dominerande stilling eller konkurranseavgrensande samarbeid, eller i dei tilfella der det faktisk ikkje ligg føre noka dominerande stilling eller konkurranseavgrensande samarbeid etter konkurranselova §§ 10 eller 11.³⁶

Tre hovudvilkår må vere oppfylte for at styresmaktene kan gi forskrifter etter føresegna. For det første kan ein berre gripe inn mot «vilkår, avtaler og handlinger», frå no av åtferder, som «begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål». For det andre må forskrifta vere «nødvendig for å fremme konkurransen i markedene», og for det tredje vert det lagt til grunn at det ulovfesta prinsippet om proporsjonalitet i forvaltninga gjer seg gjeldande.³⁷

Rettstidende (Rt.) 2008 s. 560 avsnitt 48 og Rt. 2011 s. 304 avsnitt 56 vik frå oppfatninga om at det gjeld eit generelt prinsipp om at eit forvaltningsvedtak er ugyldig dersom vedtaket ikkje er proporsjonalt, men oppgåva går ikkje inn på dette.

Konkurranseavgrensinga er føremålsstridig dersom åtferda hindrar effektiv konkurranse jamfør konkurranselova § 1. Dersom konkurranseavgrensande åtferder medfører effektivitetsgevinstar som veg opp for avgrensinga, vil ein ikkje kunne gripe inn mot desse åtferdene.³⁸ At åtferda avgrensar eller er eigna til å avgrense konkurransen tilseier at det må vere konkrete haldepunkt for å hevde at konkurransen er redusert på grunn av åtferda til ein eller fleire aktørar. Kravet om at det skal vere nødvendig å regulere konkurransen i marknaden, må verte forstått på bakgrunn av den generelle karakteren ei forskrift har. I tillegg til ordlyden «nødvendig», tilseier dette at der er ein viss terskel for at styresmaktene kan gi ei forskrift med heimel i konkurranselova § 14. Likevel er det ikkje krav om at det må vere konkurranseavgrensing som i konkurranselova §§ 10 eller 11, då føremålet med føresegna er

³⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 73 og s. 228.

³⁷ Ot. prp. nr. 41 (1992-1993). Ot.prp. nr. 6 (2003-2004). NOU 2012: 7.

³⁸ NOU 2013: 6 s. 94.

å ramme åtferder som ikkje vert omfatta av desse reglane. Forskrifta må alltid vere eigna til å hindre den aktuelle typen konkurranseavgrensing.

Ein kan spørje om det er «nødvendig» å regulere konkurransen så lenge det ligg føre ei konkurranseavgrensing, eller om ein stiller krav til omfanget av konkurranseavgrensinga. Ut frå haldepunkta i avsnittet ovanfor er det vanskeleg å kome med ein meir spesifikk terskel. Medan konkurranselova §§ 10 og 11 stiller opp ei øvre grense, ser det ut som om det er uavklart kor vidt det vert tolka inn ein terskel som stiller krav til ei nedre grense for når konkurranseavgrensing er av kvalifisert art, og kor vidt konkurranseavgrensinga må relatere seg til heile den relevante marknaden eller berre ein del av han i konkurranselova § 14.

Dersom det vert handla i strid med forskrifter etter konkurranselova § 14, kan dette verte sanksjonert med lovbrøtsgebyr etter konkurranselova § 29 eller bøter eller fengsel etter konkurranselova § 30. Det finst likevel ikkje ein uttrykkjeleg heimel i konkurranselova som opnar opp for at styresmaktene har rett til å stanse ei konkurranseavgrensande åtferd som er i strid med forskrift gitt med heimel i konkurranselova § 14.

At dette kan vere eit problem viste konflikten om flybonus då SAS innførte bonuspoeng i strid med den dåverande Flybonusforskrifta.³⁹

Konkurranselova § 12 heimlar berre vedtak om opphøyr i samband med konkurranselova §§ 10 og 11, jamfør føresegna sitt første avsnitt første setning. Dette vart derimot føreslått endra i NOU 2012: 7 om ei meir effektiv konkurranselov, slik at ein kan nytte vedtak om opphøyr òg ved brot på § 14-forskrifter. Forslaget har fått støtte av FAD.⁴⁰

Departementet har i tillegg støtta konkurranseutvalet sitt forslag om å innføre ein heimel for avhjelpande tiltak i § 12, det vil seie tiltak partane sjølve tilbyr å setje i verk i saker der Konkurransetilsynet har uttrykt misnøye med konkurransen. Dette systemet har ein mellom anna både i dansk og svensk rett. Føresegnene om avhjelpande tiltak i åtferdssaker skal så langt som mogleg svare til forordning nr. 1/2003 artikkel 9/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9. Eit vedtak om avhjelpande tiltak vil

³⁹ Sjå mellom anna nyhendeoppslag i DN: <http://www.dn.no/forsiden/naringsliv/article2569854.ece> (lesedato: 26/2-2013).

⁴⁰ Prop 75 L (2012-2013) punkt 3.1 s.18-19.

vere bindande for føretaka, og i tillegg er det krav om at det går fram av vedtaket at Konkurransetilsynet ikkje vil gripe inn i saka. Det er ikkje nødvendig at det er ført bevis for at det ligg føre eit brot på reglane, og Konkurransetilsynet må heller ikkje ta stilling til om det har vore, eller framleis skjer, eit brot på åtferdsreglane.⁴¹

⁴¹ *ibid* punkt 3.3 s. 23 og s. 28.

2. EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt

2.1 Ordlyd

Av EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt første setning går det fram eit forbod mot strengare regulering på nasjonalt nivå av avtaler og andre typar samarbeid som ikkje er konkurranseavgrensande etter EØS-avtala artikkel 53. Dette inneber at EØS-avtala artikkel 53 stengjer for strengare nasjonal regulering av samarbeid etter konkurranselova § 14 der samhandelen er påverka. Dersom eit samarbeid verken er konkurranseavgrensande etter EØS-avtala artikkel 53 første avsnitt eller omfatta av unntaksheimelen i EØS-avtala artikkel 53 tredje avsnitt, har ikkje staten moglegheit til å handle mot dette med strengare nasjonal lovgiving etter konkurranselova § 14 – sjølv om han meiner at eit samarbeid er konkurranseavgrensande. Eg vil understreke at for samarbeid som ikkje påverkar samhandelen, set ikkje EØS-konkurranselova § 7 nokon skrankar for bruken av konkurranselova § 14.

Av neste setning i EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt, går det derimot fram at eit slik forbod ikkje gjeld ved eit føretak si einsidige konkurranseavgrensande åtferd.

I NOU 2012: 7 om ei meir effektiv konkurranselov står det skrive at medan artikkel 53 gir ei totalharmonisering av standarden for vurderinga av konkurranseavgrensande samarbeid, gir artikkel 54 berre ein minstestandard for vurderinga av utilbørleg utnytting av dominerande stilling. Vidare heiter det at

«Den faktiske adgangen til å regulere konkurransebegrensende atferd ved forskrift [etter konkurranselova § 14] i det konkrete tilfellet vil derfor avhenge av om forholdet er egnet til å påvirke samhandelen og om atferden er å anse som en ensidig handling eller et samarbeid mellom uavhengige foretak».⁴²

⁴² NOU 2012:7 s. 158.

Der samhandelen er påverka, avgrensar dermed EØS-avtala styresmaktene si moglegheit til å gi forskrifter etter konkurranselova § 14 for å forby konkurranseavgrensande samarbeid ut over det artikkel 53 allereie gjer. Dermed har EU og EFTA stått attende for uttømmande konkurranseregulering av EØS-avtala § 54 til skilnad frå EØS-avtala § 53 der samhandelen er påverka.

Lest i lys av kva føresegna tek sikte på å regulere, vil oppgåva kommentere samspelet mellom EØS-avtala artikkel 53 og artikkel 54.

Medan artikkel 53 berre omhandlar konkurranseavgrensande samarbeid, omhandlar artikkel 54 i tillegg einsidig konkurranseavgrensande åtferd. Dette vil seie at ein dominerande aktør må sørgje for at åtferda verken utgjer ein konkurranseavgrensande avtale etter artikkel 53 eller eit misbruk etter forbodet i artikkel 54. Dersom aktøren derimot ikkje er dominerande, kan han i prinsippet handle heilt fritt etter EØS-avtala, men han må ikkje inngå konkurranseavgrensande avtaler i strid med artikkel 53. Denne skilnaden tyder at ein dominerande aktør kan skade konkurransen ved einsidig åtferd, medan ein ikkje-dominerande aktør berre kan skade konkurransen i samarbeid med andre. Jakobsen og Broberg forklarar dette på ein god måte i sin artikkel:

«A dominant undertaking must therefore observe both prohibitions whereas a non-dominant undertaking needs to pay attention to Article 81 only. While Article 81 comprises only reciprocal anti-competitive actions, Article 82 is also concerned with unilateral anti-competitive actions».⁴³

Masteroppgåva skal ikkje kommentere nærare samspelet mellom artikkel 53 og 54 i seg sjølv ettersom det oppgåva utforskar ikkje berre handlar om strengare regulering av misbruk etter artikkel 54. Dette er viktig å ha klart føre seg for å forstå problemstillingane oppgåva skal

⁴³ Peter Stig Jakobsen og Morten Broberg, «The Concept of Agreement in Article 81 E.C.: On The Manufacturers Right to Prevent Parallel Trade Within the European Community», *European Competition Law Review*, 2002 s. 127-141 (s. 140 med vidare referansar).

gjere greie for i punkt 2.2 og 2.3. Ut frå ordlyden i EØS-konkurranselova § 7 står ein att med mogelegheit til meir restriktiv nasjonal regulering ved einsidig åtferd frå føretak som verken har ei dominerande stilling eller utfører ei handling som utgjer eit misbruk i artikkel 54 si tyding, frå føretak som berre har ei dominerande stilling, men som utfører ei handling som ikkje utgjer eit misbruk i artikkel 54 si tyding, og frå føretak som ikkje har ei dominerande stilling, men der handlinga utgjer eit misbruk i artikkel 54 si tyding. I tillegg står medlemsstatane fritt til å vedta reglar som gir andre standardar for å vurdere om ein aktør er dominerande eller ikkje.⁴⁴

Som gjort greie for under punkt 1.5, utgjer sistnemnde tilfelle i avsnittet ovanfor ein viktig del av grunngivinga for at Noreg har valt å ha ei føresegn som konkurranselova § 14.⁴⁵

Såleis dreiar det seg her om all konkurranseavgrensande einsidig åtferd, og ikkje berre om misbruk i artikkel 54 (og konkurranselova § 11) si tyding. Dette ser ein òg ut frå ordlyden i EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt siste setning der det ikkje står «ensidige atferd [etter artikkel 54]», men berre «ensidige atferd».

På bakgrunn av at EØS-konkurranselova § 7 føreset eit skilje mellom avtaler og einsidige åtferder, verkar det som om det berre finst to typar åtferder som er aktuelle å regulere etter konkurranselova § 14 nasjonalt, og at det berre er mogelegheit til å regulere einsidige åtferder der samhandelen er påverka. Dette er i blant andre mine auge ikkje heilt riktig.⁴⁶ Det er meir føremålstenleg å ha ei anna tilnærming til konkurranselova § 14 i lys av EØS-konkurranselova § 7. Istaden for at utgangspunktet er at berre einsidige åtferder kan verte regulert strengare ved forskrifter, er det meir føremålstenleg å stille opp eit utgangspunkt om at all åtferd som ikkje vert omfatta av samarbeidsformene i artikkel 53, vil kunne verte

⁴⁴ Sjå blant anna Commission staff working paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council. Report on the functioning of Regulation 1/2003, COM(2009)206 final, avsnitt 174.

⁴⁵ NOU 2012: 7 s. 159.

⁴⁶ Ronny Gjendemsjø, *Oligopolproblemet. Om anvendelsen av TFEU artikkel 101 og 102 på koordinerte priser i et oligopol*, avhandling for graden philosophiae doctor (ph.d.), Universitetet i Bergen 2011 s. 94-95.

regulert strengare etter konkurranselova § 14 der samhandelen er påverka. Dette vil seie at det finst andre åtferder enn einsidige åtferder som ikkje vert omfatta av artikkel 53, og som dermed kan verte regulerte strengare nasjonalt ved forskrifter etter konkurranselova § 14. Dette vert utdjupa under punkt 2.3.

Før eg går vidare, vil eg understreke at rettspraksisen masteroppgåva drøftar, stort sett omhandlar parallellimport. Forklaringa på dette er enkelt og greitt at det er i desse sakene at dei same problemstillingane som oppgåva tek føre seg har vore oppe for EU-domstolen.⁴⁷

Parallellimport er import av produkt gjennom uautoriserte kanalar.

2.2 Definisjon av avtale og einsidig åtferd

2.2.1 Avtale

Ettersom EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt stiller opp ei grense mellom avtaler og einsidige åtferder, vil denne delen av masteroppgåva gjere greie for korleis desse vilkåra har vorte definert i teori og rettspraksis. For ordlyden til denne føresegna, viser eg til punkt 1.1 i oppgåva.

Eg vil presisere at EØS-konkurranselova § 7 stengjer for strengare nasjonal regulering både av «avtaler», «beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak» og «samordnet opptreden» etter EØS-avtala artikkel 53, i teori og praksis kjend som «samarbeidskriteriet». Av praktiske årsaker nyttar eg uttrykket «avtale» når det vert vist til samarbeidskriteriet i denne oppgåva og det er avtalevilkåret eg vil utdjupe. Dette vert ikkje heilt presist, men eg meiner det er forsvarleg ut frå problemstillingane og rammene for denne oppgåva. Grensa EØS-avtala § 7 andre avsnitt stiller opp er særleg problematisk i vertikale forhold. I vertikale

⁴⁷ Sameina saker 25/84 and 26/84 Ford-Werke AG og Ford Europa Inc. mot Kommisjonen, Sml. 985 s. 2725. Sak C-74/04 P Kommisjonen mot Volkswagen AG, Sml. 2006 s. I-6585. Sak 107/82 Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot Kommisjonen, Sml. 1983 s. 3151. Sak T-41/96 Bayer AG mot Kommisjonen, Sml. 2000 s. II-3383. Sak C-277/87 Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA mot Kommisjonen, Sml. 1990 s. I-45.

forhold er det ikkje særleg praktisk å snakke om «samordnet opptreden», og difor er avtalevilkåret avgjerande for kvar grensa for artikkel 53 går. I tillegg er det berre grensa mellom avtaler og einsidige åtferder som har vore oppe i rettspraksis.⁴⁸ I horisontale forhold ser eg på stillteiande koordinering som fell utanfor både avtalevilkåret og vilkåret om samordna opptreden, men her òg er det avtalevilkåret eg utdjupar. Nyansane mellom samarbeidsformene er kompliserte og det er ikkje skilnadane mellom desse som er tema i oppgåva. Jakobsen og Broberg skriv om dette at

«In practice, the distinction between an «agreement», a «decision» and a «concerted practice» is irrelevant, however, and, in many cases, it is impossible to determine where an agreement ends and a concerted practice starts. In this article we have therefore chosen not to distinguish between agreements and concerted practices, but will instead – for the sake of clarity – generally use the term «agreement».⁴⁹

EU-domstolen opererer med eit autonomt avtaleomgrep i konkurranseretten.⁵⁰ Ut frå ordlyden ”avtaler” er det for det første klart at det må dreie seg om minst to føretak.

For det andre må det eksistere ein felles vilje mellom føretaka om at dei skal opptre på ein bestemt måte i marknaden.⁵¹ Ut frå rettspraksis kan denne felles viljen kome til uttrykk anten munnleg, skriftleg eller gjennom åtferd. I tillegg vert det stilt krav til at uttrykket har form av eit slags tilbod og ein aksept.⁵²

⁴⁸ Sameina saker C-2/01 og C-3/01 P Bundesverband der Arzneimittel Importeure eV og Kommisjonen mot Bayer AG. Sak C-74/04 P Kommisjonen mot Volkswagen AG, Sml. 2006 s. I-6585.

⁴⁹ Peter Stig Jakobsen og Morten Broberg, «The Concept of Agreement in Article 81 E.C.: On The Manufacturers Right to Prevent Parallel Trade Within the European Community», *European Competition Law Review*, 2002 s. 127-141 (s. 126).

⁵⁰ Okeoghene Odudu, *The boundaries of EC competition law : the scope of Article 81*, Oxford 2006 s. 63. Lianos, Iannos, 2007, «Collusion in Vertical Relations under Article 81 EC», Centre for Law and Governance in Europe, Working Paper Series 1/07 s. 45-47, tilgjengeleg på http://www.ucl.ac.uk/laws/clge/index.shtml?work_in_progress. Sak 277/87 *Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA mot Kommisjonen*, Sml. 1990 s. I-45.

⁵¹ Sak C-73/95 P. Viho Europe mot Kommisjonen, Sml. 1996 s. I-5457. Sak 107/82 Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot Kommisjonen, Sml. 1983 s. 3151.

⁵² Sak T-18/03 CD-Contact Data mot Kommisjonen, Sml. 2009 s. II-1021. Sameina saker C-2/01 P og C-3/01 P Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV og Kommisjonen mot Bayer AG, Sml. 2004 s. I-23. T-56/02 Bayerische Hypo – und Vereinsbank mot Kommisjonen, Sml. 2004 s. II-3495, Sak C-74/04 P Kommisjonen mot Volkswagen AG, Sml.

Når det gjeld konkurranselova § 14, er det viktig å presisere at avtaler med forbrukarar ikkje vert regulert av artikkel 53. Føresegna gjeld berre avtaler mellom føretak. For praksis overfor forbrukarar set ikkje artikkel 53 jamfør EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt nokon grenser. Her gjer derimot Handelsdirektivet, som oppgåva kjem attende til under del 4, kanskje eit innhogg i bruken av konkurranselova § 14.

Avtaleomgrepet vert tolka likt i horisontale og vertikale forhold, men den nedre grensa vert stilt opp mot ulike typar åtferder.⁵³ Artikkel 53 kjem dermed i bruk på både horisontale og vertikale avtaler, noko EU-domstolen har grunnlagt med at avtaler mellom partar på ulike ledd i omsetnadskjeda òg kan avgrense konkurransen til skade for konsumentane i strid med føremålet.⁵⁴

2.2.2 Einsidig åtferd

Det finst få definisjonar av einsidig åtferd i teori og praksis. Eit høveleg utgangspunkt er å lese einsidig åtferd i lys av ordlyden «avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden» i artikkel 53. Det som då først og fremst er sikkert er at einsidig åtferd kan verte forstått som eit fråvær av desse åtferdene. I teorien finst der ein definisjon som seier at einsidig åtferd er «an act determined and implemented by the will of a single undertaking».⁵⁵ I saka *Bayer*, ofte òg referert til som *Adalat*, vart einsidig åtferd definert som ein part sin «ensidige politik, der kan gjennomføres uden den andens hjælp».⁵⁶

2006 s. I-6585. Sak 277/87 Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA mot Kommissjonen, Sml. 1990 s. I-45. Odudu 2006, s. 63-64. Gjendemsjø 2011, s. 94.

⁵³ Sameina saker 56 og 58/64 *Établissements Consten S.à.R.L. og Grundig-Verkaufs-GmbH mot Kommissjonen* Sml. 1966 s. 429. Sak T-18/03, *CD-Contact Data mot Kommissjonen*, Sml. 2009 s. II-1021, avsnitt 46 og 47 med vidare referansar.

⁵⁴ *Établissements Consten S.à.R.L. og Grundig-Verkaufs-GmbH mot Kommissjonen*, Sml. 1966 s. 429.

⁵⁵ Ekaterina Rousseva, *Rethinking exclusionary abuses in EU competition law*, Oxford 2010 s. 435.

⁵⁶ Sameina saker C-2/01 og C-3/01 *P Bundesverband der Arzneimittel Importeure eV og Kommissjonen mot Bayer AG*, Sml. 2004 s. I-23 avsnitt 101.

Av dommar eg har funne, er det berre *Bayer* som har prøvd å gi ein direkte og tydeleg definisjon av einsidig åtferd. I denne dommen om parallellimport vart det drøfta kva som skal til for at det ligg føre ei avtale, og EU-domstolen prøvde å stille opp eit skilje mellom avtale og einsidig åtferd.⁵⁷

Eg vil presisere at *Bayer* direkte ikkje omhandla konkurranselova § 7 andre avsnitt, eller den tilsvarande føresegna i forordning 1/2003 artikkel 3 nummer 2. I lys av at saka er den einaste som definerer einsidig åtferd, kan dommen likevel medverke til å finne ei løysing på problemstillingane i punkt 2.3 og 2.4.

2.3 Stillteiande koordinering i horisontale forhold

Oppgåva kjem tilbake til grensa mellom avtaler og einsidige åtferder etter EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt i punkt 2.4. I punkt 2.3 skal oppgåva gjere greie for horisontale forhold og grensa mot stillteiande samarbeid. Som oppgåva var inne på under punkt 2.1, er dette viktig for å få fram at konkurranselova § 14 har eit breiare nedslagsfelt enn det ordlyden i EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt gir uttrykk for. Det dreiar seg her om åtferder som verken er avtaler eller einsidige åtferder, men som likevel kan vere skadeleg for konkurransen og som det dermed kan vere behov for å ta tak i gjennom forskrifter etter konkurranselova § 14.

Når det gjeld avtaleomgrepet i artikkel 53, har det vorte operert med ulike formuleringar av kva som vert kravd av partane si åtferd for at ein felles vilje skal liggje føre. Dette har medført at det har vore usikkerheit rundt om stillteiande samarbeid er omfatta av artikkel 53 eller ikkje. Med stillteiande samarbeid meiner eg at aktørar medvite koordinerer åtferdene sine for å oppnå konkurransefordelar utan at det er nokon uttala kommunikasjon mellom aktørane i

⁵⁷ Christopher Bellamy og Graham D. Child, *European Community law of competition*, 6th ed., London 2008 s.112.

marknaden. Dette er mest praktisk i oligopolmarknader, det vil seie ein marknad med få tilbydarar.⁵⁸ Gjendemsjø skriv om stillteiane koordinering at

«Det at foretakene koordinerer atferden vil si at de blir enige om, eller kommer frem til en felles forståelse om, å opptre likt i markedet. Foretakene kan for eksempel bli enige om et felles prisnivå, i stedet for å konkurrere om å ha lavest pris ... et særtrekk for oligopolmarkeder, er at foretakene ofte kan oppnå en koordinering av atferden uten å måtte samarbeide med hverandre.»⁵⁹

Ut frå definisjonane av avtaler og einsidige åtferder i punkt 2.1 er det likevel rimeleg klart at stillteiane samarbeid verken vert rekna som avtaler ettersom det dreiar seg om ei felles vilje som ikkje kjem til uttrykk i det heile teke, eller einsidige åtferder ettersom aktørane ikkje vil oppnå koordinerte åtferder på eiga hand.

Samarbeid utan kontakt har heller aldri vorte akseptert som ei avtale i rettspraksis.

Gjendemsjø samanliknar avtaleomgrepet med «samordnet praksis» som er omfatta av samarbeidskriteriet i artikkel 53. Han gjer ei «frå det meir til det mindre»-tilnærming ved at han påpeikar at idet det vert kravd kontakt ved samordna praksis, som skal omfatte lausare former for samarbeid og utgjere den nedre grense for samarbeidsvilkåret i artikkel 53, må det vere klart at avtaleomgrepet i alle fall krev kontakt.⁶⁰

På denne måten er det endå ein kategori av åtferder EØS-konkurranselova § 7 ikkje stengjer for. Behovet for å ta tak i stillteiane koordinering mellom aktørar i oligopolmarknader utgjer òg ein del av grunngivinga for kvifor konkurranselova § 14 er ønskt vidareført i den nye konkurranselova, sjå punkt 1.5. Utvalet som har skrive utgreiinga om ei meir effektiv konkurranselov viser til at konkurranselova §§ 10 og 11 ikkje rammar konkurranseavgrensande åtferder i oligopolmarknader i tilstrekkeleg grad.⁶¹

⁵⁸ Gjendemsjø 2011, s. 1 med vidare referansar.

⁵⁹ *ibid*, s. 1-2.

⁶⁰ Gjendemsjø 2011, s. 90-95 med vidare referansar.

⁶¹ NOU 2012: 7 s. 159.

Det vert her på sin plass å klarere kvifor det ikkje er særleg praktisk å snakke om stillteiande samarbeid i vertikale forhold. Dette vil òg vise kvifor eg ikkje drøftar denne problemstillinga i punkt 2.3.

At stillteiande koordinering ikkje er praktisk i vertikale forhold kan delvis verte forklart ved følgjande:

Medan partar i den same marknaden ofte er konkurrentar og vil ha like interesser ved eit samarbeid, vil dette ikkje nødvendigvis vere tilfellet i vertikale forhold. I vertikale forhold kan den eine parten, ofte leverandøren, ha eit «maktovertak» på den andre parten, ofte forhandlaren, ved at forhandlaren er avhengig av levering frå leverandøren. Det skjer sjølvsagt ei slags koordinering ved at forhandlaren innrettar seg etter leverandøren, men dette vil vere av ein heilt annan art enn det som tradisjonelt vert forstått med stillteiande koordinering i oligopolmarknadar horisontalt. Forhandlaren vil føye seg etter leverandøren fordi han er avhengig av forretningssambandet utan at dette nødvendigvis er den mest gunstige løysinga for forhandlaren. Dette til skilnad frå aktørar i same marknad som ikkje er avhengige av den andre aktøren dersom ein har ein annan vilje. Difor vil denne typen koordinering i vertikale forhold aldri vere stillteiande då innrettinga til forhandlaren vil stå fram som ein slags stillteiande aksept av eit tilbod eller instruks frå leverandøren. Det vil såleis alltid vere ein form for kommunikasjon frå øvre hald, og for at denne skal skje, må det eksistere eit forretningssamband mellom leverandøren og forhandlaren.

2.4 Nedre grense for avtaleomgrepet i vertikale forhold

2.4.1 Grensa mellom einsidige åtfærdar og avtaler i vertikale forhold etter EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt

Denne delen av oppgåva skal gjere greie for problemstillinga om kvar grensa mellom avtaler og einsidige åtfærdar går. Ut frå definisjonane i rettspraksis, er det uklart kva slags åtfærdar som vert rekna som einsidige og kva slags åtfærdar som vert omfatta av avtalevilkåret etter EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt.

I bruken av konkurranselover § 14, er det i vertikale forhold at grensa mellom avtaler og einsidige åtfærdar er særleg problematisk. Det er ikkje det same behovet for å problematisere grensa mot einsidige åtfærdar i horisontale forhold på grunn av at skjeringspunktet for avtaler går mot stillteiande samarbeid. Så lenge ein er over i stillteiande samarbeid, gjer konkurranselover § 14 seg gjeldande i horisontale forhold. Då er det ikkje grunn til å problematisere grensa mot einsidige åtfærdar ettersom både stillteiande koordinering og einsidige åtfærdar kan verte regulerte strengare nasjonalt.

Oppgåva har allereie vist til to ulike definisjonar av einsidige åtfærdar. Etter mitt skjønn er det definisjonen i *Bayer* som er mest treffsikker, og grunn til å leggje mest vekt. Denne definisjonen har kome til uttrykk i rettspraksis, og ikkje berre i teorien.⁶² Rousseva sin definisjon derimot er ikkje heilt treffande ettersom det finst fleire døme på at åtfærdar som ein umiddelbart oppfattar som einsidige frå leverandøren i vertikale forhold, har vorte omfatta av avtalevilkåret i rettspraksis.⁶³ I rettspraksis har dette vorte kalla «tilsyneladende» einsidig åtfærd til skilnad frå «egentlig» einsidig åtfærd.⁶⁴ At det berre er viljen til den eine parten som

⁶² Sameina saker C-2/01 og C-3/01 P Bundesverband der Arzneimittel Importeure eV og Kommisjonen mot Bayer AG, Sml. 2004 s. I-23 avsnitt 101.

⁶³ Ekaterina Rousseva, *Rethinking exclusionary abuses in EU competition law*, Oxford 2010 s. 435.

⁶⁴ T-41/96 *Bayer AG mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-3383, avsnitt 70-71.

rår, hindrar ikkje avtalevilkåret frå å vere oppfylt. Rettspraksis har vist at det er den uttrykte felles viljen, og ikkje den reelle viljen hos partane, som er avgjerande for at avtalevilkåret er oppfylt. Verken økonomisk press på forhandlarane eller disposisjonar som openbert berre har tent leverandørane, har hindra avtalevilkåret frå å vere oppfylt.⁶⁵

Ein annan og meir presis måte å formulere kravet til den felles viljen er dermed at det berre vert kravd ein felles vilje retta mot åtferda i marknaden, og ikkje effekten av denne åtferda, ettersom denne ofte har vore økonomisk uheldig for forhandlarane.⁶⁶

Forklaringa av den vide tolkinga av avtalevilkåret i vertikale forhold har likskapstrekk med delar av grunngevinga for konkurranselover § 14. Rousseva forklarar utviklinga med at

«The broadening of the concept of agreement at the expense of the notion of unilateral act resulted from the desire of the Commission and the Courts to stretch the scope of Article 81 to cover these practices which (although adopted by the respective supplier only, and although only in his economic interests) could not be characterised as unilateral acts under Article 82 because the suppliers lacked dominance.»⁶⁷

Rousseva framhevar ønsket om å ta tak i tilfelle der ein står overfor eit maktmisbruk utan ein dominerande aktør. Sjølv om ein skulle tru at det var mogleg for forhandlarane å byte til ein annan leverandør når den opphavlege leverandøren ikkje var dominerande, viser det seg derimot at det å byte leverandør er meir kostbart for forhandlarane enn det å verte att hos den same leverandøren under dårlegare vilkår. Dette er såleis ein tap-tap-situasjon for forhandlarane, men det hindrar ikkje dei frå å verte rekna som part i ein konkurranseavgrensande avtale etter artikkel 53.⁶⁸ Norske styresmakter har ønskt å ha

⁶⁵ Rousseva 2010, s. 435. Sameina saker 25/84 and 26/84 Ford-Werke AG og Ford Europa Inc. mot Kommisjonen, Sml. 1985 s. 2725. Sak C-74/04 P Kommisjonen mot Volkswagen AG, Sml. 2006 s. I-6585. Sak 107/82 Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot Kommisjonen, Sml. 1983 s. 3151.

⁶⁶ Sak T-41/96 *Bayer AG mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-3383 avsnitt 52.

⁶⁷ Rousseva 2010, s. 438.

⁶⁸ Jakobsen og Broberg 2002, s. 131.

mogelegheit til å ta tak i denne typen åtferd, og dette viser at det absolutt er eit behov for ei føresegn som konkurranselova § 14.

I samband med dette er det viktig å ha klart føre seg skilnaden mellom *Bayer* – som drøfta spørsmålet om den utviste åtferda frå leverandøren og forhandlarane utgjorde eit tilstrekkeleg grunnlag for å verte rekna som ei avtale i dåverande artikkel 85 si tyding – og sakene som drøfta spørsmålet om åtferda utvist frå leverandøren utgjorde ein del av eit allereie etablerte avtaleforholdet med forhandlarane.⁶⁹ Det er berre førstnemnde som er interessant når det gjeld grensa mellom avtaler og einsidige åtferder.

Mitt inntrykk er at det rår ei misoppfatning i teorien idag om kva slags saker ein kan nytte til inntekt for å gi ein definisjon av einsidig åtferd og til å avklare grensa mellom einsidige åtferder og avtaler. Dette medfører ofte lange og forvirrande omvegar som ikkje har noko føre seg.

Det finst fleire saker om parallellimport som drøftar spørsmålet om den seinare utviste åtferda frå leverandøren utgjør ein del av det allereie etablerte avtaleforholdet med forhandlarane.⁷⁰ EU-domstolen gav desse forhandlaravtalene eit nesten uavgrensa omfang, men gjekk bort att frå denne tilnærminga i *Volkswagen II* der det dreia seg om ei ulovleg seinare utvist åtferd frå leverandøren.⁷¹ EU-domstolen stilte krav om at ein må vurdere konkret om den seinare åtferda vert rekna som ein del av avtala eller ikkje.⁷² Mitt poeng er at dersom den seinare utviste åtferda ikkje utgjør ein integrert del av forhandlaravtala, tyder ikkje dette at åtferda er einsidig. Den seinare utviste åtferda frå leverandøren kan *anten* utgjere eit sjølvstendig

⁶⁹ Sjå blant anna: Sameina saker 32/78, 36/78 og 82/78, *BMW Belgium SA m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1979 s. 2435. Sameina saker 25/84 and 26/84 *Ford-Werke AG og Ford Europa Inc. mot Kommisjonen*, Sml. 1985 s. 2725. Sak 107/82 *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot Kommisjonen*, Sml. 1983 s. 3151.

⁷⁰ Sjå blant anna: Sameina saker 32/78, 36/78 og 82/78, *BMW Belgium SA m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1979 s. 2435. Sameina saker 25/84 and 26/84 *Ford-Werke AG og Ford Europa Inc. mot Kommisjonen*, Sml. 1985 s. 2725. Sak 107/82 *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot Kommisjonen*, Sml. 1983 s. 3151.

⁷¹ Sak C-74/04 P *Kommisjonen mot Volkswagen AG*, Sml. 2006 s. I-6585.

⁷² *ibid*, avsnitt 55.

grunnlag for ei avtale med forhandlarane eller ei einsidig åtferd. Utanom *Volkswagen II* som så vidt nemner dette spørsmålet, drøftar ikkje dei andre dommane dette.⁷³ Dette vert støtta opp av generaladvokat Tizzano som uttala i sitt forslag til avgjerd i *Bayer* at «[a]lt taget i betraktning har Domstolen *ikke* undersøgt, om foranstaltninger vedtaget af fabrikanterne udgjorde aftaler i sig selv» (mi kursivering).⁷⁴

Sakene kan difor på eitt vis seie noko om kva einsidig åtferd *ikkje* er, men utover dette medverkar dei ikkje direkte til å svare på problemstillinga. Rett nok har det vorte drøfta tidlegare om den utviste åtferda frå partane har utgjort eit tilstrekkeleg grunnlag for å etablere ei avtale. I *Sandoz* og *Tipp-Ex* var det spørsmål om det låg føre ei avtale i dåverande artikkel 85 si tyding.⁷⁵ EU-domstolen svara stadfestande på dette i begge dommane, og problematiserte dermed ikkje noko om kvar grensa mot einsidig åtferd gjekk. Som nemnd tidlegare, er difor *Bayer* den einaste dommen som utdjupar grensa mellom avtaler og einsidige åtferder.

Bayer omhandla parallellimport av hjartemedisinen Adalat frå Spania og Frankrike til England. Over ein lengre periode hadde spanske og franske styresmakter sett prisen på Adalat mykje lågare enn kva dei engelske styresmaktene hadde gjort. Dette skapa etterkvart eit insentiv for spanske og franske forhandlarar til å vidareselje Adalat til den engelske marknaden. For å hindre denne utviklinga, reduserte farmasiselskapet Bayer medisinforsyningane til forhandlarane i Spania og Frankrike. Det var ingen forhandlaravtale mellom partane, men derimot berre dei salskontraktane som vart inngåtte om kva mengde av hjartemedisinen Adalat forhandlarane ønskte å bestille frå gong til gong. Dermed, som forklart i avsnitta ovanfor, var spørsmålet om denne reduseringa av medisinforsyningane i seg sjølv utgjorde ei konkurranseavgrensande avtale mellom leverandøren og forhandlarane.

⁷³ *ibid*, avsnitt 46-47.

⁷⁴ Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Tizzano framsett den 22.mai 2003 om Sameina saker C-2/01 og C-3/01 P *Bundesverband der Arzneimittel Importeure eV og Kommisjonen mot Bayer AG*, Sml. 2004 s. I-23, avsnitt 68.

⁷⁵ Sak 279/87, *Tipp-Ex GmbH & Co. KG mot Kommisjonen*, Sml. 1990 s. I-261. Sak C-277/87 *Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA mot Kommisjonen*, Sml. 1990 s. I-45.

Kommisjonen hevda at dette utgjorde ei avtale mellom Bayer og dei spanske og franske forhandlarane. EU-domstolen var ikkje samd i dette, og uttala:

«En ... aftale kan imidlertid ikke bygge på noget, som blot er udtryk for den ene af de kontraherende parter ensidige politik, der kan gennemføres uden den andens hjælp. Såfremt en ensidigt tilkendegivet politik om at hindre parallelimport ville kunne udgøre en ulovlig aftale i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, ville dette medføre en sammenblanding af anvendelsesområdet for henholdsvis denne bestemmelse og traktatens artikel 86. For at en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand kan anses for indgået gennem stiltiende accept, er det nødvendigt, at den af den ene kontraherende part udtrykte vilje vedrørende et konkurrencebegrænsende formål udgør en udtrykkelig eller stiltiende opfordring til den anden part om sammen at gennemføre dette formål, hvilket i særlig grad gælder en aftale, der, således som i det foreliggende tilfælde, ikke umiddelbart er i den anden parts, dvs. grossisternes, interesse».⁷⁶

Dermed, som vi allereie såg under punkt 2.1, gav domstolen her uttrykk for at ei åtferd er einsidig og ikkje ei avtale der ho kan verte gjennomført utan hjelp frå andre. Altså, ein treng ingen form for aksept for å gjennomføre åtferda.

Bakgrunnen for utfallet i *Bayer* var at både franske og spanske reglar påla forhandlarane å dekke nasjonal etterspurnad av Adalat før dei kunne eksportere han. Bayer reduserte dermed berre kvotane til det dei hadde vore før eksporten skaut fart, og fekk slik avgrensa eksporten heilt på eiga hand. Årsaka til at det ikkje låg føre ei avtale i denne saka var dermed at leverandøren ikkje var avhengig av forhandlarane for å hindre parallellimporten.

Dommen stiller opp eit skilje mellom viljen til leverandøren og den faktiske gjennomføringa av denne viljen. Dette vil seie at den reelle einsidige viljen hos ein leverandør ikkje i seg sjølv hindrar at avtalevilkåret er oppfylt, men dersom den reelle viljen faktisk vert gjennomført av leverandøren åleine, vert dette rekna som ei einsidig åtferd. Eit anna interessant aspekt ved

⁷⁶ Sameina saker C-2/01 og C-3/01 P Bundesverband der Arzneimittel Importeure eV og Kommisjonen mot Bayer AG, Sml. 2004 s. I-23, avsnitt 101 og 102.

denne saka, er at forhandlarane visste om Bayer sin vilje. Dermed er heller ikkje forhandlaren sin kunnskap om leverandøren sitt motiv tilstrekkeleg for å etablere ei avtale.

Bayer tek oss såleis nærare ein definisjon av einsidige åtferder, men EU-domstolen utdjupar ikkje kva som ligg i «hjælp» – noko som gjer det vanskeleg å stille opp eit heilt klart skilje mot avtaler. I tillegg har dommen eit litt upraktisk og lite tenleg faktum, noko som gjer det vanskeleg å samanlikne saka med andre situasjonar. Rousseva skriv at

« ... although Bayer is considered a judgment which narrows down the concept of agreement, and although it may provide some flexibility for non-dominant companies to limit parallel trade, in my view it is only an attempt at restricting that concept, and not a very successful one».⁷⁷

Eit interessant spørsmål knytt til kva som vert forstått med «hjælp», er korleis saka hadde stilt seg viss ikkje reglane om prioritet til nasjonale marknadar hadde eksistert. Sjølv om føremålet til Bayer heilt klart var å hindre parallellimport, ønskte dei spanske og franske forhandlarane å halde fram med eksport og prøvde til og med å få Bayer til å tru at dei lokale marknadane hadde vakse.⁷⁸ Forhandlarane handla såleis heilt motsett av det Bayer ønskte å oppnå. Dette tilseier at hadde det ikkje vore for dei nasjonale reglane, hadde ikkje Bayer klart å gjennomføre den nye distribusjonspolitikken. Bayer hadde då mest sannsynleg måtte gått hardare til verks, og kanskje pålagd forhandlarane eit eksportforbod. Dermed ville Bayer vore avhengig av aksept frå forhandlarane, noko som eventuelt ville medført at ein flytta seg over i avtalevilkåret i artikkel 53 si tyding.

Framstillinga ovanfor tilseier dermed at det er få åtferder som vert rekna som einsidige i vertikale forhold. Det vide nedslagsfeltet til avtaleomgrepet har medført eit snevert nedslagsfelt for einsidige åtferder. Etter mitt skjønn tilseier definisjonen i *Bayer* at det berre er

⁷⁷ Rousseva 2010, s. 437.

⁷⁸ Sameina saker C-2/01 og C-3/01 P Bundesverband der Arzneimittel Importeure eV og Kommisjonen mot Bayer AG, Sml. 2004 s. I-23, avsnitt 123.

dei tilfella der ein kan få gjennomført viljen sin på eiga hand utan noka form for aksept frå andre, det vil seie reine nektingar og oppseiingar, som vert rekna som einsidige.⁷⁹

Det eg skal diskutere i punkt 2.3.1 er derimot ikkje dei heilt tydelege avtalene eller klare tilfella av einsidige åtferder. Ut frå definisjonane av avtaleomgrepet og einsidige åtferder, meiner eg at det oppstår ein overlapp av åtferder som både kan verte rekna som avtaler og som einsidige åtferder i vertikale forhold. Ettersom EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt føreset eit skilje mellom avtaler og einsidige åtferder, er det avgjerande for bruken av konkurranselova § 14 å finne ut av kvar desse åtferdene skal verte plasserte.

2.4.2 Tre kategoriar av åtferder

Det er såleis tilsynelatande tre kategoriar av åtferder i slike vertikale forhold. Den første kategorien er som nemnd dei tilfella der det er heilt tydeleg at det dreiar seg om ei konkurranseavgrensande avtale. Den andre kategorien er der overlappinga skjer, nemleg einsidige åtferder som ofte eller alltid materialiserer seg i ei avtale, frå no av referert til som «mellomkategorien». Den tredje kategorien er klare tilfelle av einsidige åtferder. Eg skal i det følgjande forklare denne inndelinga nærare, og deretter, til slutt, prøve å plassere denne mellomkategorien i ein av dei to andre kategoriane ut frå ei vurdering av kva som er føremålstenleg.

Ettersom dei klare tilfella av avtaler og einsidige åtferder, som til dømes bindande vidaresalsprisar og leveringsnekting, ikkje reiser nokre spørsmål i denne samanhengen, vil eg heller konsentrere meg om dei åtferdene som verkar å passe både under definisjonen av einsidige åtferder og under definisjonen av avtaler.

Eg skal forklare kva eg meiner med einsidig åtferd som materialiserer seg i ei avtale, ved å illustrere dette gjennom eit par døme.

⁷⁹ England and Wales Court of Appeal, *UnipartGroup Ltd v 02 (UK) Ltd (formerly BT CellnetLtd) and Anor* [2004] EWCA Civ 1034, avsnitt 73-78.

Bonusordningar kan vere eit døme på dette. Eit særleg aktuelt døme i dag er flybonuspoeng, sjå punkt 1.2. Ein aktør er ikkje avhengig av andre sin aksept for å tilby bonuspoeng, men dette skjer alltid gjennom ei avtale. I denne konteksten er det avtaler med forretningsreisande som har interesse. Eg minner i denne samanhengen om at avtaler med forbrukarar ikkje vert ramma av EØS-konkurranselova § 7. Såleis vil det i ei flybonusordning liggje ei avtale i botnen, men dersom ein til dømes samanliknar dette med bindande vidaresalsprisar, er det ein skilnad her. Medan ein aktør er avhengig av aksept frå ein annan aktør for å binde prisane, er ikkje ein aktør avhengig av ein annan aktør sin aksept for å tilby bonuspoeng. Dette kan aktøren gjere utan hjelp eller aksept frå andre, men på den andre sida vil det alltid skje gjennom ei avtale. Difor skjer det ein overlapp, ved at denne typen åtferd passar inn under begge åtferdskategoriane formulerte i punkt 2.2 og 2.4.1.

På liknande måte vert det med rovprising. Rovprising er ein medvite strategi frå ein dominerande aktør der prisen vert sett svært lågt med føremål om å ekskludere eksisterande og potensielle konkurrentar frå marknaden. Dersom strategien lukkast er det mogleg å auke prisen, og dermed auke profitten på lang sikt.⁸⁰ Ein leverandør kan tilby eit produkt til ein lågare pris åleine, men eitkvart sal vil innebere ei avtale. Samanliknar ein denne typen åtferd med til dømes eksklusivitetsavtaler vil dette vise dei same skilnadane som mellom bindande vidaresalsprisar og bonuspoeng nemnt i avsnittet ovanfor. Poenget er at ein leverandør vil vere avhengig av den andre parten sin aksept for å oppnå eksklusivitet, medan ein leverandør ved rovprising sjeldan vil vere avhengig av slik hjelp eller aksept for å få selt eit produkt til ein lågare pris. Likevel skjer det ofte gjennom ei avtale.

Det har vore vanskeleg å avgjere om lojalitetsrabattar vert omfatta av mellomkategorien på grunn av den nære samanhengen med eksklusivitetsavtaler.⁸¹ Det går eit skilje mellom

⁸⁰ Wish 2012, s. 739-754 og sak C-62/86 *AKZO Chemie BV mot Kommisjonen*, Sml. 1991 s. I-3359 avsnitt 71 og 72.

⁸¹ Sak 85/76 *Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen*, Sml. 1979 s. 461, avsnitt 89.

rabattar som er vilkårsbundne og ikkje.⁸² Rabattar som ikkje er vilkårsbundne, er rabattar til visse aktørar uavhengig av åtferd i marknaden, medan vilkårsbundne rabattar er rabattar som avheng av korleis ein aktør handlar i marknaden. Lojalitetsrabattar vert omfatta av sistnemnde.⁸³ Ved å tilby rabattar på visse vilkår, kan ein aktør vri konkurransen. Eit døme er ein leverandør som berre gir rabattar til forhandlarar som utelukkande handlar hos han. Leverandøren bind dermed forhandlarane til seg, noko som kan ha ein ekskluderande effekt for andre leverandørar i marknaden.

Likevel treng ikkje lojalitetsrabattar å innebere at den andre parten utelukkande handlar hos den eine aktøren – noko som vil minne veldig mykje om ei eksklusivitetsavtale. Ein leverandør kan til dømes tilby rabattar på eit produkt i ein spesifikk periode, noko som kan medføre at ein forhandlar utelukkande handlar der likevel utan nokon vilkår og aksept om eksklusivitet.⁸⁴

På den måten kan ein seie at leverandøren tilbyr rabatt utan hjelp eller aksept frå forhandlaren på same måte som ved rovprising, men at dette òg skjer gjennom ei avtale.

Leclerc kan òg illustrere kva slags åtferder som vert omfatta av mellomkategorien. Saka er frå lenge før konkurranselova § 7 andre avsnitt, eller den tilsvarande føresegna i forordning 1/2003 artikkel 3 nummer 2 si tid, men kan likevel illustrere kva eg meiner med einsidige åtferder som materialiserer seg i ei avtale. Saka oppstod på bakgrunn av ei fransk regulering som forplikta detaljhandlarane til å selje bøker til ein pris fastsett av franske forlag.⁸⁵ *Leclerc*, ein organisasjon for fleire bokhandlarar i Frankrike, vart kjend skuldig i å ha selt bøker til under lovleg pris i «Tribunal de grande instance de Bressuire». Saka vart ført inn for «Cour

⁸² Sjå blant anna DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brussels, December 2005, avsnitt 137.

⁸³ Alison Jones og Brenda Sufrin, *EU competition law : text, cases, and materials*, 4th ed, Oxford 2011 s. 428.

⁸⁴ *ibid*

⁸⁵ Sak 229/83 Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc mfl. mot Sàrl «Au blé vert» mfl., Sml. 1985 s. 1

d'appel de Poitiers», som mellom anna førela EU-domstolen eit prejudisielt spørsmål om den franske reguleringa var i strid med dåverande artikkel 85.

EU-domstolen uttala i denne saka at

«En lovgivning af den her anfaegtede art har imidlertid ikke til formaal at tvinge forlaeggere og detailhandlere til at indgaa aftaler eller til anden adfaerd , jfr . traktatens artikel 85 , stk . 1, men kraever, at forlaeggerne eller importoererne i medfoer af en ved lov fastlagt forpligtelse *ensidigt* fastsaetter detailsalgsprisen. Herefter opstaar problemet, om en national lovgivning , hvorefter virksomheders adfaerd af den ifoelge artikel 85, stk . 1, forbudte art goeres overfloedig ved at goere forlaeggere af boeger ansvarlige for frit at fastsaette bindende detailsalgspriser, skader den tilsigtede virkning af artikel 85 og saaledes er i strid med traktatens artikel 5 , stk . 2» (mi kursivering).⁸⁶

På grunn av dei nasjonale reglane, ville ikkje forlaga hatt behov for aksept på pris. Dei ville dermed kunne binde prisane utan hjelp. Likevel ville dette på same måte som døma i avsnitta ovanfor, ofte skjedd gjennom ei avtale.

Desse formene for åtferder verkar å oppfylle *Bayer* sin definisjon av einsidige åtferder, samstundes som dei materialiserer seg i avtaler fordi leverandørane kan bestemme bonusen, rabatten eller prisen åleine, men idet kunden kjøper produktet, materialiserer åtferdene seg i ei avtale.

Spørsmålet er då kvar det vil vere føremålstenleg å plassere desse åtferdene som fell under begge kategoriane, og om desse åtferdene skal verte rekna som einsidige eller avtaler i relasjon til EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt.

Eg vil presisere at kvar ein plasserer ulike typar åtferder i EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt ikkje får tyding for bruken av EØS-avtala artikkel 53. Åtferdene i mellomkategorien synest å kunne verte subsumert under begge alternativa som EØS-konkurranselova § 7 andre

⁸⁶ *ibid* avsnitt 15.

avsnitt stiller opp. Spørsmålet er dermed ikkje om mellomkategorien vert omfatta av avtalevilkåret i artikkel 53 eller ikkje, men om desse åtferdene trass i at dei materialiserer seg i ei avtale etter artikkel 53, skal verte rekna som einsidige etter EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt. Eit stadfestande svar på dette vil innebere at ein nasjonalt kan regulere slike åtferder både etter konkurranselova § 14 og etter artikkel 53. Eg har ikkje funne noko litteratur på dette, men drøftinga vil ta sikte på å finne fram til den mest føremålstenelege løysinga. I eit større perspektiv drøftar masteroppgåva dermed i kva tilfelle det er tillate med meir restriktiv nasjonal konkurranseregulering i form av forskrifter etter konkurranselova § 14 i vertikale forhold jamfør EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt. På bakgrunn av rettskjeldebiletet vel eg å ha to alternative tilnærmingar til spørsmålet om kvar åtferdene i mellomkategorien bør verte plasserte.

Anten er det berre tillate med meir restriktiv nasjonal regulering dersom den konkurranseskadelege åtferda aldri kan verte spora tilbake til eit avtaleforhold. Her finst det altså eit fullstendig fråvær av avtale. Denne tilnærminga vil innebere at det berre er dei klare tilfella av einsidige åtferder, altså den tredje kategorien ovanfor, som opnar opp for nasjonal regulering etter konkurranselova § 14.

Eller så er det slik at det i tillegg er tillate med meir restriktiv nasjonal konkurranseregulering dersom den konkurranseskadelege åtferda kan verte kopla direkte til leverandøren, men dette skjer gjennom ei avtale. Då vil ein til dømes *ikkje* ha moglegheit til å forby avtaler om eksklusiv kjøpsplikt, men derimot til dømes rovprising. Denne tilnærminga vil innebere at ein òg opnar opp for strengare nasjonal regulering etter konkurranselova § 14 av åtferdene i mellomkategorien, altså einsidige åtferder som materialiserer seg i ei avtale.

Til skilnad frå horisontale forhold i punkt 2.3 der stillteiane koordinering verken var omfatta av avtaleomgrepet eller rekna som einsidig, står vi overfor det motsette problemet i vertikale forhold. Einsidig åtferd som materialiserer seg i ei avtale verkar å kunne verte subsumert både under definisjonen av avtaleomgrepet og under definisjonen av einsidig åtferd.

Dersom vi tek utgangspunkt i ordlyden i EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt, er eit mogleg argument for at desse åtferdene skal verte plasserte under avtaleomgrepet at artikkel 53 er referansepunktet. Dette valet av referansepunkt kan tyde på eit ønske om at alt som vert omfatta av artikkel 53 skal vere likestilt i medlemsstatane, og dermed at det berre er den klare

einsidige åtferda der det er eit fullstendig fråvær av avtale som kan verte regulert strengare nasjonalt.

Eit ytterlegare argument i favør av dette og som tilseier at det kanskje ikkje er så viktig å nyansere desse tilfella frå avtalevilkåret, er at slike tilfelle sjeldan vil vere årsak til ein konflikt mellom nasjonal og overnasjonal styring så lenge det dreiar seg om ei konkurranseavgrensande åtferd. Om dette vert teke tak i etter artikkel 53 eller ei nasjonal forskrift er då ikkje avgjerande.

På den andre sida vil det av bevisomsyn vere enklare å regulere slik åtferd gjennom ei forskrift etter konkurranselova § 14 enn etter artikkel 53 og § 10.⁸⁷ Dette er mindre ressurskrevjande, og i tillegg vil ein meir effektivt kunne hindre slike åtferder ettersom ei forskrift vil gjelde generelt og ikkje spesifikt for den enkelte avtala.

Samstundes er det ein større risiko og fleire utfordringar knytte til korleis ei generell regulering skal verte utforma, sjå den tidlegare Flybonusforskrifta, enn det er for eit konkret tiltak etter artikkel 53. Ein risikerer å regulere åtferder i for stor grad og dermed forby åtferder som ikkje er skadelege for konkurransen, og endå viktigare: åtferder som ikkje reduserer den samfunnsøkonomiske effektiviteten. Dette kan skape konfliktar.

Dette tek oss over til spørsmålet om kvifor det vert opna opp for strengare nasjonal regulering etter EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt ved einsidig åtferd, men ikkje ved samarbeid mellom føretak. Det er lite, om noko, litteratur på akkurat denne problemstillinga, men omsyna bak skiljet kan moglegvis medverke til å finne svar på problemstillinga om kvar desse åtferdene skal verte plasserte.

⁸⁷ Saker T-374/94, *European Night Services mot Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-3141. Sak 22/71 *Béguelin Import mot GL Import Export*, Sml. 1971 s. 949. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 73 og s. 228.

I utgangspunktet foreslo Kommisjonen at dåverande artikkel 81 og 82 heilt skulle fortrenge nasjonal konkurranselovgivning når samhandelskriteriet var oppfylt. Artikkel 3 i forslaget hadde følgjande ordlyd:

«Når en aftale, en vedtagelse inden for en virksomhedssammenslutning eller en samordnet praksis, som omhandlet i traktatens artikel 81, eller misbrug af en dominerende stilling, som omhandlet i artikel 82, kan påvirke handelen mellem medlemsstater, finder Fællesskabets og ikke medlemsstaternes konkurrenceret anvendelse.»⁸⁸

Forutan at skiljet delvis har si forklaring i eit politisk kompromiss mellom Kommisjonen på den eine sida og Rådet og Parlamentet på den andre sida, kan det òg verke som om skiljet har si forklaring i harmoniseringsomsyn. Strengare reglar om einsidig åtferd finst i fleire av medlemsstatane, og det dreiar seg då særleg om nasjonale føresegner som regulerer misbruk av økonomisk avhengnad, rettslege føresegner om vidaresal under kostpris eller med tap, nasjonale lover som inneheld ulike standardar for vurdering av dominerande stilling, og strengare nasjonale føresegner som regulerer åtferda til den dominerande verksemda.⁸⁹

Av EØS-konkurranselova § 7 tredje avsnitt går det fram at det ikkje vert stengd for strengare nasjonal regulering der føresegna «hovedsakelig fremmer et annet formål enn det formål som fremmes av EØS-avtalen artikkel 53 og 54». Tredje avsnitt slår dermed fast at artikkel 53 og artikkel 54 ikkje hindrar strengare regulering av åtferder som i utgangspunktet er omfatta av føresegnene så lenge reguleringa fremjar andre omsyn enn konkurranse og effektiv ressursbruk.⁹⁰

⁸⁸ Forslag til Rådets Forordning om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 og om ændring af forordning (EØF) nr. 1017/68, (EØF) nr. 2988/74, (EØF) nr. 4056/86 og (EØF) nr. 3975/87 (gennemførelsesforordning til traktatens artikel 81 og 82), s. 34.

⁸⁹ Meddelelse fra Kommissionen til Europaparlamentet og Rådet. Rapport om anvendelsen af forordning 1/2003, KOM/2009/206 endelig udg., avsnitt 26 og vidare fotnote 15 til 17. Whish og Bailey 2012, s. 78. Sjå døme frå tysk rett: «Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen» («Act against Restraints of Competition», ARC) § 20 fjerde avsnitt, og engelsk rett: Enterprise Act 2002 del 4 om «Market investigations».

⁹⁰ Sjå òg Rådsforordning 1/2003 avsnitt 9. NOU 2013: 6 s. 102.

Whish gir døme på slike åtferder, og skriv:

«Certain regulatory rules – for example requiring the provision of a universal service or the protection of vulnerable consumers – clearly pursues objectives other than the protection of competition and so could be applied by virtue of Article 3 (3). Consumer laws which provide protection against, for example, unfair contract terms, misleading advertising or sharp selling practices would also seem to pursue a predominately different objective from Articles 101 and 102 TFEU».⁹¹

Strengare reglar om einsidige åtferder har ofte blanda føremål, og er dermed grunngitt i andre omsyn enn reine konkurranseomsyn som forbrukarvern, marknadsføring og så vidare. Dette kan tilseie at det ville vore vanskeleg å skilje ut reglane om einsidige åtferder grunngjeve i reine konkurranseomsyn frå resten, dersom det skulle vore tilsvarende plikt til harmonisering som for reguleringar av konkurranseavgrensande avtaler.

Eit anna poeng i denne samanhengen er at det er vanskelegare å forby reguleringar som ofte er eit resultat av politiske prosessar, til skilnad frå det å forby reguleringar av den private avtalekompetansen mellom profesjonelle aktørar. Det verkar som om dette er ein pågåande debatt. I «Rapport om anvendelsen av forordning 1/2003» uttala Kommisjonen at

«De divergerende standarder med hensyn til ensidig adfærd blev kommenteret kritisk af erhvervslivet og juridiske kredse, som finder, at de divergerende standarder fragmenterer forretningsstrategier, som typisk formuleres på paneuropæisk eller globalt grundlag. Dette er et anliggende som burde undersøges nærmere, både med henblik på at evaluere problemernes omfang og vurdere behovet for en indsats på europæisk niveau.»⁹²

Når det gjeld problemstillinga i denne delen av oppgåva, synest det som om dei moglege årsakene til at det er opna opp for strengare regulering ved einsidige åtferder og ikkje ved samarbeid, medverkar lite til å finne eit svar på kvar einsidige åtferder som materialiserer seg i ei avtale skal verte plasserte i EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt.

⁹¹ Whish og Bailey 2012, s. 78-79.

⁹² Meddelelse fra Kommissionen til Europaparlamentet og Rådet. Rapport om anvendelsen af forordning 1/2003, KOM/2009/206 endelig udg., avsnitt 27.

På den andre sida kan ein stille spørsmål ved korleis ein skal tolke det at dette ikkje er kommentert ytterlegare. Verken rådsforordninga eller andre publikasjonar frå Kommisjonen kjem med noko opplyssande informasjon om grensa.⁹³ Heller ikkje *Bayer*, den einaste dommen som definerer einsidig åtferd, ser ut til å vere kommentert nokon plass i denne samanheng. Likevel har ein sett grensa her. Dette gir grunn til å spørje om EU i det heile teke har vore klar over denne overlappinga ved vedtakinga av forordning 1/2003, og i forlenginga av dette om EU hovudsakleg har tenkt på horisontale samarbeid når dei vedtok den.

I lys av dette skal ein heller ikkje sjå vekk frå at det finst nasjonale reglar i medlemsstatane som nettopp regulerer åtferder som vert omfatta av denne mellomkategorien. Som vi såg eit par avsnitt ovanfor, nemnde Kommisjonen mellom anna sal under kostpris som eit døme på åtferder medlemsstatane ofte har eigne strengare nasjonale reglar for. Den tyske «Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen» («Act against Restraints of Competition») § 20 fjerde avsnitt punkt 1 og 2 verkar å gi strengare reglar om rovprising. Av ordlyden går det fram at

«Undertakings with superior market power in relation to small and medium-sized competitors shall not use their market position directly or indirectly to hinder such competitors in an unfair manner. An unfair hindrance within the meaning of sentence 1 exists in particular if an undertaking

1. offers food within the meaning of § 2(2) of the German Food and Feed Code (Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch, LFGB) below its costprice, or
2. offers other goods or commercial services not merely occasionally below its cost price ... »

Dette talar for å rekne desse åtferdene som einsidige, og tillate strengare nasjonal regulering av åtferdene i mellomkategorien etter konkurranselover § 14.

Den same tyske føresegna § 20 fjerde avsnitt punkt 3 verkar òg å stengje for marginskvis. Føresegna slår fast at ei ulovleg konkurranseavgrensing vil liggje føre dersom eit føretak «demands from small or medium-sized undertakings with which it competes on the

⁹³ *ibid.*

downstream market in the distribution of goods or commercial services a price for the delivery of such goods and services which is higher than the price it itself offers on such market». Marginskvis føreset at ein aktør er dominerande i oppstraumsmarknaden, og samstundes konkurrerer i nedstraumsmarknaden.⁹⁴ Ein aktør vil kunne bestemme prisen åleine, men dette skjer gjennom det ein kan kalle ein ufrivillig aksept frå den andre parten. Difor vert dette på same måte som rovprising ei type åtferd som vert omfatta av mellomkategorien. At det finst strengare reglar om marginskvis i andre medlemsland, tyder på at slik åtferd bør verte rekna som einsidige slik at dei kan verte regulert ytterlegare nasjonalt etter konkurranselova § 14.

Ein dom frå Court of Appeal i England, *Unipart*, støttar opp under at marginskvis skal verte rekna som ei einsidig åtferd. Dommen omhandla spørsmålet om åtferda utvist frå nettverksoperatøren Celnett utgjorde ei konkurranseavgrensande avtale med mobilnettverksforhandlaren Unipart, eller om dette utgjorde einsidig åtferd.⁹⁵ Unipart, ein «independent service provider» eller ISP, hevda at Cellnett hadde skvisa marginane ved å krevje høgare prisar av sjølvstendige mobilnettleverandørar, for så å kryss-subsidiere sine egne mobilnettleverandørar, såkalla «tied service providers» eller TSPs.⁹⁶ Unipart meinte marginskvisinga var ein del av avtaleforholdet mellom Unipart og Cellnett og kravde erstatning for tapet dei hadde lidd. Celnett nekta for dette og meinte at ein eventuell marginskvis uansett ikkje var omfatta av avtaleomgrepet, men utgjorde ei einsidig åtferd frå Cellnett si side.

The Court of Appeal kom til at denne marginskvisen var å rekne som ei einsidig åtferd, og Lord Justice Jonathan Parker uttala følgjande:

⁹⁴ Richard Whish og David Bailey, *Competition law*, Oxford 2012 s. 754-755.

⁹⁵ England and Wales Court of Appeal, *UnipartGroup Ltd v 02 (UK) Ltd (formerly BT CellnetLtd) and Anor* [2004] EWCA Civ 1034. Merk at her var fleire partar både på saksøkar – og saksøkte-sida.

⁹⁶ *ibid* avsnitt 9.

«I find it impossible to see how, applying Bayer, a finding of tacit acquiescence by Unipart could be made in this case. In paragraph 101 of its judgment in Bayer (quoted in paragraph 66 above) the ECJ referred to a unilateral policy of one of the contracting parties, which can be put into effect without the assistance of others⁹⁷ (my emphasis). In my opinion the policy of margin squeeze (if adopted) was just such a policy. Indeed, its anti-competitive efficacy derives from the very fact that a network operator, by reason of its market power (albeit not amounting to a dominant position), coupled with its ability to cross-subsidise its own TSPs, is in a position to put pressure on ISPs with a view to driving them out of the market. It requires no cooperation or assistance from the ISPs: on the contrary it is, by its very nature, a unilateral policy aimed at the weakening of ISPs and their eventual elimination from the mobile service provision market⁹⁸ (see paragraph 15 of the Particulars of Claim, quoted in full in paragraph 26 above).»⁹⁷

Eit argument som kanskje særleg veg tungt for å la denne mellomkategorien falle inn under avtaleomgrepet, er at ei konkurranseavgrensing ikkje vil skje utan ei form for medverknad frå den andre parten. Dersom ein tenkjer den andre parten vekk i døma ovanfor, vil ei konkurranseavgrensing faktisk aldri skje. Dette til skilnad frå leveringsnekting der konkurranseavgrensinga faktisk skjer utan noko som helst medverknad frå den andre parten.

Dette vert støtta opp av korleis Kommisjonen og EU-domstolen sanksjonerer. Det har skjedd fleire gonger at berre parten på det øvste leddet har blitt sanksjonert i ei konkurranseavgrensande avtale, til dømes har berre leverandøren vorte sanksjonert i ein del saker.⁹⁸ Dette viser at sjølv om ei åtferd er av einsidig art, er ikkje dette eit hinder frå å verte omfatta av avtalevilkåret.

For å finne ein god regel er det føremålstenleg å sjå på kva konsekvensane av dei to alternative plasseringane av åtferdene i mellomkategorien i EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt vil vere. Dersom åtferdene i mellomkategorien vert rekna som avtaler og ikkje einsidige åtferder etter EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt, vil dette innebere ei avgrensing av nasjonal kompetanse til å regulere konkurranseskadelege åtferder der

⁹⁷ England and Wales Court of Appeal, *UnipartGroup Ltd v 02 (UK) Ltd (formerly BT CellnetLtd) and Anor* [2004] EWCA Civ 1034, avsnitt 105.

⁹⁸ Sak 279/87, *Tipp-Ex GmbH & Co. KG mot Kommisjonen*, Sml. 1990 s. I-261. Rousseva 2010, s. 443.

samhandelen er påverka. Behovet for konkurranselova § 14 vil såleis verte redusert i vertikale forhold. Motsett, dersom åtferdene som materialiserer seg i ei avtale vert rekna for å vere einsidige, vil ein kunne regulere desse åtferdene både etter konkurranselova § 14 og EØS-avtala artikkel 53.

Det vert utanfor dei fastsette rammene til oppgåva å utdjupe dette ytterlegare her, men eg vil vise til konflikten om flybonusboeng og nemne at det hadde vore interessant å sjå kva utfallet hadde vorte dersom SAS hadde gjort gjeldande at konkurranselova § 10 og EØS-avtala artikkel 53, jamfør EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt stengde for forskrifta. Medan eg er inne på dette har eg òg lyst å nemne eit anna spørsmål som ikkje vart teken opp i debatten, nemleg om føretak som inngår avtaler om bonuspoeng opptre som ei økonomisk verksemd eller om denne typen aktivitet fell utanom omgrepet.

⁹⁹ Slike avtaler kan kanskje eigentleg verte rekna som avtaler mellom flyselskapet og den einskilde forbrukar, og ikkje mellom flyselskapet og arbeidsgivaren til forbrukarane som nyt godt av bonuspoenga.

Drøftinga under punkt 2.4.2 er komplisert, og personleg er eg usikker på kvar denne mellomkategorien om einsidige åtferder som materialiserer seg i avtaler bør verte plassert. Frå eit større perspektiv er det spørsmålet om desse åtferdene skal vere underlagt overnasjonal styring og eksklusiv kompetanse for EU, eller om dette er åtferder i vertikale forhold som nasjonale styresmakter skal ha moglegheit til å regulere sjølve, som vert drøfta.

Vi såg under punkt 2.2 at i horisontale forhold kan stillteiande koordinering verte regulert av konkurranselova § 14 ettersom denne typen åtferd verken er omfatta av avtaler eller samordna opptreden.

I vertikale forhold derimot står ein overfor den motsette utfordringa. Her kan mellomkategorien verte plassert under begge alternativa i EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt. Likevel føreset EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt eit skilje mellom avtaler og einsidige åtferder. Drøftinga ovanfor viser at ein møter utfordringar både ved å argumentere for at einsidige åtferder som materialiserer seg i avtaler skal verte plassert under

⁹⁹ Sak T-319/99 Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) mot Kommisjonen, Sml. 2003 s. II-357. Richard Whish og Bailey, 2012, s. 89-90.

avtalevilkåret, og ved å argumentere for at desse åtferdene skal verte rekna som einsidige åtferder etter EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt.

Dersom åtferdene i mellomkategorien vert rekna som avtaler og ikkje einsidige åtferder i EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt si tyding, vil dette stengje for strengare nasjonal regulering etter konkurranselova § 14 gjennom forskrifter av desse åtferdene. I lys av at store delar av konkurranseavgrensande samarbeid er harmoniserte allereie, kan dette tilseie at åtferdene i mellomkategorien ikkje skal vere noko unntak.

Er desse åtferdene å rekne som einsidige derimot, vil medlemslanda stå fritt til å regulere dei og norske styresmakter vil stå fritt til å regulere åtferdene gjennom forskrifter etter konkurranselova § 14. Dette vil innebere at ein kan regulere desse åtferdene både etter konkurranselova § 14 og artikkel 53. Store delar av reglane om konkurranseavgrensande samarbeid er harmoniserte, og det vil vere ei utfordring å finne balansen mellom nasjonal og overnasjonal styring. Samstundes kan det vere positivt at medlemsstatane står fritt til å regulere slike åtferder i eigne marknader sjølv om samhandelen er påverka. Nasjonale konkurransestyresmakter kjenner sine eigne marknader best, og på den måten har ein større moglegheit til å ta i vare individualiteten til marknader i ulike land. Sjå berre på debatten om flybonusforskrifta, der ein grisgrendt innanlands flymarknad gjorde denne marknaden særeigen samanlikna med flymarknadane i dei fleste andre land. Hadde ikkje norske styresmakter hatt moglegheit til å gå inn å regulere denne marknaden etter konkurranselova § 14, er det ingen tvil om at denne marknaden ville vore ein heilt annan i dag. På bakgrunn av dette og slik rettskjeldebilete står fram i dag, meiner eg ein har gode grunnar for å rekne åtferdene i mellomkategorien som einsidige. Mykje tyder på at regelverket på EU-nivå ikkje er tilstrekkeleg utarbeidd til å handtere desse åtferdene godt nok slik det er utforma i dag.

3. Reglane om dei fire fridommane

3.1 Regulering gjennom forskrift etter konkurranselova § 14 versus reglane om dei fire fridommane

Før analysen under 3.2, vil oppgåva kommentere tilhøvet mellom dei fire fridommane og nasjonal konkurranseregulering.

Det er viktig å få fram at når det gjeld visse typar åtferder, mellom anna åtferder som vert omfatta av konkurranselova §§ 10, 11 og 16, kan nasjonale styresmakter forby desse utan å måtte rettferdiggjere dei ut frå reglane om dei fire fridommane. På bakgrunn av dette kan det verte nødvendig å spørje kor langt nasjonal konkurranselovgiving kan gripe inn etter konkurranselova § 14 før dette kjem i konflikt med reglane om dei fire fridommane. Vidare kan ein spørje i kva grad ein kan gripe inn i form av ei forskrift, og ikkje berre gjennom enkeltvedtak som verkar å vere det mest vanlege i andre land. Meir konkret vert spørsmålet om ein er over i dei fire fridommane når ein regulerer åtferd generelt, og ikkje berre gjennom enkeltvedtak.

Problemstillinga vert såleis plassert i ein breiare kontekst. Det første ein må vurdere er korvidt ei forskrift etter konkurranselova § 14 er inne på området for reglane om dei fire fridommane. Deretter, dersom ein finn at ei forskrift grip inn i dei fire fridommane, må ein vurdere om forskrifta kan verte legitimert ut frå økonomiske omsyn.

Oppgåva skal ikkje utdjupe tilhøvet mellom fridommane og nasjonal konkurranseregulering ytterlegare i denne omgang. Eg synest likevel det er verdt å nemne dette for å plassere problemstillinga i eit større landskap.

3.2 Kan konkurransepolitiske omsyn legitimere restriksjonar av dei fire fridommane?

Det er eit vidt spenn av samarbeidsområde under EØS-avtala.¹⁰⁰ Kjernen av EØS-avtala er likevel reglane om dei fire fridommane.¹⁰¹ Der ei forskrift etter konkurranselova § 14 har EØS-tilknytning, må denne verte kontrollert opp mot reglane om dei fire fridommane. Spørsmålet er såleis kva slags grenser desse reglane stiller opp for denne føresegna.

Termen «dei fire fridommane» er ikkje heilt treffande då «fire» ikkje får fram alle fridommane, som blant anna retten til fri etablering og fri flyt av juridiske personar med fleire. Den er likevel såpass etablert i litteraturen at eg meiner det er forsvarleg å bruke han i denne masteroppgåva, sjå punkt 1.4.¹⁰²

Idet det offentlege kjem med ei forskrift etter konkurranselova § 14 som er innanfor verkeområdet til reglane om dei fire fridommane, oppstår spørsmålet om forskrifta utgjer ein restriksjon av ein eller fleire av fridommane. Restriksjonsomgrepet vart definert i *Dassonville*, ein definisjon som seinare har vorte kjend som «Dassonvilleformelen».¹⁰³ Denne går ut på at alle nasjonale reglar «som direkte, indirekte, øjeblikkeligt eller potensielt kan hindre samhandelen i Fællesmarkedet» vert rekna for restriksjonar av den frie flyt.¹⁰⁴

Dassonvilleformelen sitt verkeområde er innskrenka av «Keck-doktrinen» og adekvansprinsippet. Keck-doktrinen byggjer på saka *Keck*, og kom som ein reaksjon på at ein strakk restriksjonsomgrepet for langt i importsaker.¹⁰⁵ Næringsdrivande påberopte seg i stadig aukande grad forbodet mot restriksjonar på import for å angripe nasjonale reglar som avgrensa deira fridom til å drive næringsverksemd utan at reglane var tilsikta på varer frå andre medlemsstatar. *Keck* omhandla spesifikt eit fransk forbod mot å selje varer under innkjøpspris. EU-domstolen slo i denne saka fast at nasjonale tiltak som gjaldt bestemte former for sal likevel ikkje skulle verte rekna som restriksjonar på import føreset at tiltaket ikkje innebar indirekte

¹⁰⁰ EØS-avtala si fortale.

¹⁰¹ EØS-avtala sin hovuddel artikkel 1.

¹⁰² Sjø lant anna Fredrik Sejersted mfl. 2011, s. 284.

¹⁰³ Sak 8/74 *Procureur du Roi mot Benoît og Gustave Dassonville*, Sml. 1974 s. 837.

¹⁰⁴ *ibid*, avsnitt 5.

¹⁰⁵ Sameina saker C-267/91 og C-268/91, *Straffesak mot Bernard Keck og Daniel Mithouard*, Sml. 1993 s. I-6097.

diskriminering og at tiltaket gjaldt generelt for næringsdrivande.¹⁰⁶ Adekvansprinsippet inneber at påverknaden av samhandelen ikkje må vere for fjern og avleida for å avgrense mot heilt perifere restriksjonar.¹⁰⁷

Om tilhøvet mellom restriksjonsomgrepet og rettsleg normering uttalar Fredriksen og Mathiesen følgjande:

«Generelt kan man si at rettslig normering kan gripe inn i grunnfrihetene og dermed innebære en restriksjon, uavhengig av nasjonal rubrering og systematikk. Det klassiske eksempelet er lovbestemmelser. Men det kan selvsagt like gjerne gjelde bestemmelser i forskrift. Bestemmelsene kan ta form av forbud, påbud eller krav som må oppfylles, nasjonalt eller lokalt. Regler som ikke følger direkte av lovgivning, men for eksempel rettspraksis, er òg omfattet.»¹⁰⁸

Ein mykje nytta terminologi er nasjonale «tiltak» frå ein stat. Eg kjem til å nytte den terminologien eg kjenner er mest naturleg ut frå konteksten, om det er «regel», «regulering» eller «tiltak», ettersom eg ikkje ønskjer å gi uttrykk for at eg meiner ein terminologi er meir eller mindre riktig enn den andre.

Idet ein slepp til ei nasjonal regulering på den indre marknaden, er det lite som skal til for at denne utgjer ein restriksjon av dei fire fridommane. Men det er ingen automatikk. Fokuset i denne delen av masteroppgåva vil likevel ikkje vere på i kva tilfelle ei forskrift etter konkurranselova § 14 utgjer ein restriksjon av dei fire fridommane. Difor føreset eg at forskrifta utgjer ein restriksjon av ein eller fleire av fridommane, slik at spørsmålet om legitimering av denne typen restriksjon reiser seg.

I den grad ei forskrift etter konkurranselova § 14 utgjer ein restriksjon av ein av dei fire fridommane, er dette i utgangspunktet forbode etter EØS-avtala. For å rettferdiggjere ein slik restriksjon må den ha eit legitimt føremål og vere proporsjonal i EØS-rettsleg forstand. Både lovfesta og ulovfesta omsyn kan legitimere restriksjonar av dei fire fridommane, men sistnemnde stiller i tillegg krav om at restriksjonen ikkje må vere direkte diskriminerande på

¹⁰⁶ *ibid* avsnitt 16.

¹⁰⁷ Sjå mellom anna Sameina saker C-140/94, C-141/94 og C-142/94 *DIP SpA m.fl. mod Comune di Bassano del Grappa og Comune di Chioggia*, Sml. 1995 s. I-3257.

¹⁰⁸ Fredriksen og Mathisen 2012, s. 61.

grunnlag av nasjonalitet eller opphavsland. Dette kom blant anna til uttrykk i *Gebhard*. Her stilte EU-domstolen opp fire krav for å rettferdiggjere ein restriksjon.¹⁰⁹ Saka gjaldt etableringsrett og ein nasjonal regel som for å verte legitimert måtte 1) «anvendes uden forskelsbehandling», 2) «vaere begrundet i tvingende samfundsmaessige hensyn», 3) «vaere egnede til at sikre virkeliggoerelsen af det formaal, de forfoelger» og 4) «ikke gaa ud over, hvad der er noedvendigt for at opnaa formaalet».¹¹⁰ Denne regelen vert ofte i litteraturen referert til som «The rule of reason», eller på norsk «læra om tvingande allmenne omsyn».¹¹¹ Denne læra kjem difor berre i bruk på restriksjonar som er ikkje-diskriminerande eller indirekte diskriminerande.

For å vurdere om konkurransepoliske omsyn kan legitimere ei forskrift etter konkurranselova § 14 når denne utgjer ein restriksjon av ein eller fleire av fridommane, skal oppgåva ta føre seg krav nummer 2, føremålskravet, og kva slags lovgivingsomsyn som vert rekna som legitime. Årsaka til at dette vilkåret vert prioritert framfor dei andre, er at konkurransepolitiske omsyn har ein kontroversiell posisjon under desse reglane.¹¹² Behovet for å klargjere denne posisjonen og finne ut om denne typen omsyn kan vere legitime i ein slik kontekst, er avgjerande for om konkurranselova § 14 i det heile teke står seg på verkeområdet til reglane om dei fire fridommane.

Sjølve utgangspunktet for å kunne gjere unntak og tillate ein restriksjon av ein eller fleire av fridommane, er dermed at restriksjonen har eit føremål som ivaretek eitt eller fleire omsyn som EU-domstolen har akseptert.

¹⁰⁹ Sak C-55/94 Reinhard Gebhard mot Consiglio Dell'Ordine Degli Avvocati e Procuratori Di Milano, Sml. 1995 s. I-4165, avsnitt 37 med vidare referansar.

¹¹⁰ Catherine Barnard, *The substantive law of the EU : the four freedoms*, 3rd ed., Oxford 2010 s. 511.

¹¹¹ Schrauwen, Annette mfl., *Rule of reason : rethinking another classic of European legal doctrine : proceedings of the Annual Colloquium of the G.K. van Hogendorp Centre for European Constitutional Studies* (Groningen 2005). Sak 120/78 *Rewe – Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Sml. 1979 s. 649 (*Cassis de Dijon*).

¹¹² Sjå debatten om Flybonusforskrifta.

Tilnærminga til denne problemstillinga vil vere generell, såleis at kvar einskild fridom ikkje vil verte handsama for seg. Dette vert for omfattande og er heller ikkje nødvendig for å kaste lys over problemstillinga om reglane om dei fire fridommane som skranke for konkurranselover § 14.¹¹³

3.3 Legitime omsyn

Det er nytta mykje ulik terminologi for omsyna som kan legitimere restriksjonar av dei fire fridommane. Somme stadar vert dei kalla «allmenne omsyn» som omfattar både traktatfesta omsyn og omsyn som har kome fram av rettspraksis.¹¹⁴ Andre stadar skil ein mellom traktatfesta omsyn og andre tvingande allmenne omsyn.¹¹⁵ Fellesnemnaren for desse omsyna er at dei i utgangspunktet skal vere av ikkje-økonomisk art.¹¹⁶

At det berre er ikkje-økonomiske omsyn som kan legitimere restriksjonar av dei fire fridommane, forklarar ein med at det er nødvendig for å ha ein fungerande indre marknad. Sjølv bakgrunnen for EØS-avtala som var å danne ein integrert marknad, ville vanskeleg vorten oppnådd dersom kvar einskild stat stod fritt til å setje til side dei fire fridommane på bakgrunn av eigne økonomiske interesser. Då ville ein risikere ei utholing av reglane, og avtala om ein indre marknad ville miste tydinga si. Som vi skal sjå, stadfestar òg fleire dommar både frå EFTA- og EU-domstolen at økonomiske omsyn ikkje kan legitimere restriksjonar av dei fire fridommane.

Snell skriv om dette at

¹¹³ Jukka Snell, *Goods and services in EC law : a study of the relationship between the freedoms*, Oxford 2002 s. 15-26.

¹¹⁴ Fredrik Sejersted mfl. 2011, s. 332.

¹¹⁵ Fredriksen og Mathiesen 2012, s. 74-75.

¹¹⁶ Sak 7-61 Kommisjonen mot Italia, Sml. 1961 s. 317. Sak 288/ Kommisjonen mot Irland. Sak C-398/98 Kommisjonen mot Hellas m.m.

«Purely economic justifications have not been accepted in either field. Economic difficulties brought about by increased competition cannot serve to justify national measures. Otherwise the whole purpose of the free movement provisions could be frustrated by Member States. Competition leading to economic efficiencies always has losers as well as winners. Economically speaking, the losers represent resources freed for other activities. If Member States were allowed to protect these losers by imposing restrictions, free trade could be stopped the moment its impact was felt.»¹¹⁷

Gjennom inngåinga av EØS-avtala har Den norske stat i utgangspunktet gitt frå seg retten til å leggje hindringar for fri flyt av fridommane. Likevel godtek fellesskapsretten at medlemsstatane i visse tilfelle kan ha ei legitim interesse i å avgrense den frie rørsle. På den måten kan ein seie at dei traktatfesta unntaksreglane og den domstolsskapte læra om tvingande allmenne omsyn utgjer rammene for når kvar enkelt medlemsstat har kompetanse til å regulere på eiga hand innanfor den indre marknaden, og at forbodet mot økonomiske omsyn er eit utslag av kompetansedelinga mellom medlemsstatane og fellesskapsretten.

Oppgåva er avgrensa til å handsame forbodet mot *økonomiske omsyn*, og ikkje forbodet mot *administrative omsyn*. EU-domstolen inntok tidleg den same haldninga mot administrative omsyn som mot økonomiske omsyn. I *de Peijper* uttala domstolen at «(a)rtikel 36 kan navnlig ikke paaberaabes til at begrunde en i sig selv nyttig lovgivning eller praksis, men hvis restriktive elementer vaesentligst skyldes et oenske om at begraense den administrative byrde».¹¹⁸ Det er ein nær samanheng mellom desse forboda, men ettersom EU-domstolen har rekna konkurransepolitiske omsyn for å vere av økonomisk art, vel eg å berre halde meg til forbodet mot økonomiske omsyn.¹¹⁹

¹¹⁷ Snell 2002, s. 174 med vidare referansar.

¹¹⁸ Sak 104/75 *Adriaan de Peijper, direktør for selskabet Centrafarm BV*, Sml. 1976 s. 613, avsnitt 18. Sjå også Sak 29/82 *F. van Luipen en Zn BV*, Sml. 1981 s. 151. Sak 205/84 *Kommisjonen mot Tyskland*, Sml. 1986 s. 3755. Sameina saker C-369/96 og C-376/96 *Straffesaker mot Jean-Claude Arblade og Arblade & Fils SARL og Bernard Leloup, Serge Leloup og Sofrage SARL*, Sml. 1999 s. 8453.

¹¹⁹ C-367/98 *Kommisjonen mot Portugal*, Sml. 2002 s. I-4731. C-171/08 *Kommisjonen mot Portugal*, Sml. 2010 s. I-6817 med fleire.

Døme på traktafesta omsyn finn ein i EØS-avtala artikkel 13 som slår fast at artikkel 11 og 12 om det frie varebytte ikkje skal vere til hinder for restriksjonar som er grunnlagt ut frå omsynet til «offentlig moral, orden og sikkerhet, vernet om menneskers og dyrs liv og helse, plantelivet, nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi eller den industrielle eller kommersielle eiendomsrett». Vidare legitimerer til dømes artikkel 33 restriksjonar av etableringsretten og tenesterørsla etter artikkel 31, 36 og 39 gjennom omsynet til «offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen».

Systemet i hovuddelen til EØS-avtala er såleis ofte slik at det først vert lista opp føresegner som forbyr restriksjonar av ein av fridommene og deretter føresegner som opnar opp for unntak som kan grunngi og dermed tillate slike restriksjonar. I sekundærlovgivinga er det òg fleire stader lista opp kva slags lovgivingsomsyn som kan grunngi at medlemsstatane gjer unntak frå reglane, sjå mellom anna tenestedirektivet, direktiv om mobilitet av personar og direktiv om mobilitet av kapital.¹²⁰ Av nokon av direktiva går det eksplisitt fram at økonomiske omsyn ikkje kan grunngi slike unntak, sjå mellom anna direktivet om mobilitet av personar som har namnet «Rådets direktiv 2004/38/EF af 29.april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område» artikkel 27. Her går det fram at «(m)ed forbehold af bestemmelserne i dette kapitel kan medlemsstaterne begrænse den frie bevægelighed og ophold for en unionsborger eller et familiemedlem uanset nationalitet af hensyn til den offentlige orden, sikkerhed eller sundhed. Der må ikke lægges økonomiske betragtninger til grund».

Meir interessant for denne oppgåva er dei allmenne omsyna som har vortne aksepterte i rettspraksis. EU-domstolen har akseptert ei rekkje omsyn som ikkje går eksplisitt fram av traktaten som legitimerer restriksjonar av fridommene.¹²¹ Omsynet til forbrukarvern, god forretningsskikk og miljø har mellom anna vore rekna som legitime omsyn med avgjerande tyding for utfallet.¹²² Det er umogleg å lage ei uttømmande liste over dei tvingande allmenne omsyna. Store samfunnsendringar har skjedd frå då reglane om dei fire fridommene kom og fram til idag. Politisk såvel som rettsleg har vektlegginga av miljøvern, forbrukarvern, helse, arbeidsmiljø, kulturvern, eigedomsrett og andre sosiale rettar endra seg mykje. Dette speglar

¹²⁰ Rådsdirektiv 2006/123/EF frå 12.desember 2006, Rådsdirektiv 2004/38/EF frå 29.april 2004 og Rådsdirektiv 88/361/EØF frå 24.juni 1988.

¹²¹ Sak 120/78 Rewe – Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Sml. 1979 s. 649.

¹²² *ibid.*

seg att i kva slags omsyn som er legitime i denne konteksten.¹²³ Kva slags ikkje-økonomiske omsyn som kan utgjere eit rettmessig føremål har difor eit dynamisk preg. Dette påpeikar òg Barnard då ho skriv at «the Court accepts most of the mandatory requirements put forward by the Member States provided that the national policies do not pursue aims of a purely economic nature».¹²⁴

Snell har likevel laga ei liste av allmenne omsyn som i rettspraksis har legitimert restriksjonar av fri fly av tenester og varer.¹²⁵ Lista gjeld berre to av fridommene, men som nemnd under punkt 3.2 tek ikkje denne masteroppgåva sikte på å gruppere omsyna innanfor kvar einskild fridom. Dette fordi både fridommene og omsyna ofte har nær tilknytning og skilr over i kvarandre, noko som gjer at arbeidet ville vorte for omfattande for denne oppgåva. Snell understrekar òg at omsyna gjer seg gjeldande på tvers av fridommene, og at lista han stiller opp ikkje er uttømmende. Dei omsyna Snell listar opp er som følgjer:

«[P]revention of tax evasion and cohesion of the tax system, prevention of unfair competition, consumer protection and protection of the recipients of services, improvement of working conditions and protection of workers including social protection, protection of the environment, freedom of the press, preservation of the financial balance of the social security system, preservation of the good reputation of the national financial sector, prevention of fraud, social order, protection of intellectual property, cultural policy, preservation of national historical and artistic heritage, road safety, protection of creditors, protection of the proper administration of justice, and avoidance of deterioration in the conditions under which goods are supplied at short distance in relatively isolated areas.»¹²⁶

Konkurranselova § 14 er til for at styresmaktene skal ha moglegheit til å styrke konkurransen i ulike marknader der dei meiner det er behov for det. Føresegna er såleis grunngitt i konkurransepolitiske omsyn, som EU-domstolen har rekna for å vere omsyn av økonomisk

¹²³ Barnard 2010, s. 149.

¹²⁴ *ibid* s. 168.

¹²⁵ Snell 2002, s. 192 med vidare referansar.

¹²⁶ *ibid*. Barnard 2010, s. 510-515. Her vert det stilt opp eit breitt spekter av ikkje-økonomiske omsyn som kan utgjere rettmessige føremål.

art.¹²⁷ Dette gjer at konkurranselova § 14 sin posisjon på reglane om dei fire fridommane sitt verkeområde vert problematisk. Sidan omsyn av økonomisk karakter ikkje er legitime, er det vanskeleg å sjå korleis forskrifter etter konkurranselova § 14 skal sleppe til på deira verkeområde. Frå eit større perspektiv verkar det dermed å vere ein konflikt mellom den nasjonale retten og EØS-retten. På den eine sida står nasjonale interesser og målsetjinga om å styrke konkurransen i nasjonale marknader der det er behov, og på den andre sida står EFTA og EU sine målsetjingar om ein fungerande indre marknad og fri flyt av dei fire fridommane.

I debatten om forbodet mot bonusprogram på innanlands flyreiser i Noreg, og seinast etter at Noreg valde å føre forbodet vidare hausten 2012, men då med unntak av dei tre mest trafikkerte rutene, gav ESA tydeleg uttrykk for at konkurransepolitiske omsyn ikkje kunne legitimere restriksjonar av dei fire fridommane.¹²⁸ Norske styresmakter hevda på si side at EU-domstolen har opna opp for konkurransepolitiske omsyn i rettspraksis.¹²⁹

Snell skriv at omsynet til «prevention of unfair competition» har vore rekna som eit legitimt omsyn i rettspraksis.¹³⁰ I tillegg listar han opp fleire omsyn som verkar å vere av økonomisk karakter. Han skriv blant anna at «preservation of the financial balance of the social security system», «preservation of the good reputation of the national financial sector» og «prevention of fraud» er omsyn som har vore rekna som legitime.

Rettskjeldebiletet er følgeleg forvirrande, og spørsmålet reiser seg om i kva tilfelle, og om i det heile teke, norske styresmakter slepp til med nasjonal regulering etter konkurranselova § 14 på verkeområdet til reglane om dei fire fridommane dersom det å sikre tilstrekkeleg konkurranse ikkje er eit legitimt føremål.

¹²⁷ C-367/98 *Kommisjonen mot Portugal*, Sml. 2002 s. I-4731. C-171/08 *Kommisjonen mot Portugal*, Sml. 2010 s. I-6817 med fleire.

¹²⁸ ESA sitt brev avsnitt 70 http://www.nettavisen.no/multimedia/na/archive/01077/esa-bonusforbud_1077189a.pdf (lesedato: 20/8-2012).

¹²⁹ C-376/08 *Serrantoni Srl og Consorzio stabile edili Srl mot Comune di Milano*, Sml. 2009 s. I-12169.

¹³⁰ Sameina saker C-34/95, 35/95 og 36/95 *Konsumentombudsmannen mot De Agostini (Svenska) Förlag og TV-Shop i Sverige AB*, Sml. 1997 s. I-3843.

Ut frå delar av det som har vorte framstilt ovanfor, kan det verke som om konkurranselover § 14 er i direkte strid med reglane om dei fire fridommane der ei forskrift utgjer ein restriksjon av desse. Det finst likevel rettspraksis som tyder på at bilete ikkje er heilt svart/kvitt, og som gir grunn til å spørje om rettstilstanden verkeleg er slik at konkurransepolitiske føremål etter konkurranselover § 14 aldri kan legitimere restriksjonar av dei fire fridommane.

Det er viktig å understreke at der ei forskrift etter konkurranselover § 14 *ikkje* utgjer ein restriksjon på området for reglane, er bruk av føresegna uproblematisk.

Det er kanskje først og fremst nasjonale styresmakter, og under dette særleg dei som skal utarbeide regelverk i samsvar med sine fellesskapsrettslege plikter, som har behov for at den flytande grensa mellom legitime og illegitime omsyn vert klarlagd. Dei har behov for å vite kva slags lovgivingsomsyn som utgjer legitime grunnar til å fråvike reglane om den frie rørsle, og kva slags omsyn domstolen vil rekne som illegitime fordi dei har ein økonomisk eller administrativ karakter.

3.4 Analyse

3.4.1 Definisjon av økonomiske omsyn

For å svare på problemstillinga, er det føremålstenleg å sjå nærare på kva som utgjer økonomiske omsyn.

Det er vanskeleg å gi ein klar definisjon på «økonomiske omsyn» i denne konteksten. EU-domstolen har ikkje vore konsekvent i si formulering av omgrepet, og derfor har det fått eit relativt vidt nedslagsfelt. Med dette meiner eg at det er mange ulike grupperingar av omsyn innanfor rammene av det som i teorien er kjend som «økonomiske omsyn». Dette kan i sin tur påverke posisjonen til konkurransepolitiske omsyn under føremålsskravet.

Omgrepet «økonomiske omsyn» vart nytta allereie ved byrjinga av EU-samarbeidet. I etableringsfasen var det ikkje sjeldan at medlemsstatane var skeptiske til å opne landegrensene, og prøvde å verne om nasjonal økonomi frå internasjonal konkurranse med restriktive tiltak. Det ein opphavleg sikta til med omgrepet «økonomiske omsyn» var såleis proteksjonistiske omsyn, nærare bestemt eit forbod mot proteksjonistisk nasjonalitetsbestemt

diskriminerande tiltak frå ein stat.¹³¹ Bull definerer proteksjonisme som «...ønsket om å skjerme eget næringsliv eller innbyggere for øvrig mot konkurranse fra andre EF-land».¹³² Det dreia seg såleis både om nasjonale tiltak som verna private økonomiske interesser og offentlege økonomiske interesser.

Ettersom åra har gått og det politiske klimaet har endra seg, har det utvikla seg nyansar innanfor dette forbodet som gjer det vanskelegare å oppretthalde eit tydeleg forbod med klare grenser.

Dette kunne kanskje vore unngått dersom ein hadde nytta ein meir presis terminologi frå starten av. Omgrepet «økonomiske omsyn» famnar som nemnd svært vidt. Dette til skilnad frå viss ein ved starten hadde valt eit meir konkret og spesifikt omgrep, som til dømes «nasjonalproteksjonistiske omsyn» eller liknande.

Rettspraksis, som masteroppgåva vil omtale i punkt 3.4.1.1 til 3.4.1.2, vil vise at domstolen ikkje berre har rekna dei tradisjonelle proteksjonistiske omsyna som illegitime. Andre omsyn av økonomisk karakter som ikkje har det same proteksjonistiske utgangspunktet, har òg vorte rekna som illegitime. Det vil likevel alltid dreie seg om ein slags proteksjonisme, men av meir avleia og indirekte art. Følgjeleg legg masteroppgåva til grunn ein relativt vid definisjon av omgrepet «proteksjonisme» i denne framstillinga. Det vide nedslagsfeltet til forbodet mot økonomiske omsyn har i sin tur ført til at nokre av desse omsyna unntaksvis har vorte tillate under reglane om dei fire fridommane.

I punkt 3.4.1.1 og 3.4.1.2 skal oppgåva systematisere kva slags omsyn av økonomisk art EU-domstolen stengjer for. Vidare skal oppgåva i punkt 3.5 ta føre seg eit par saker som nettopp gir ein grunn til å tru at EU-domstolen i realiteten i visse tilfelle har akseptert økonomiske omsyn som grunngjeving for restriksjonar av fridommane. På bakgrunn av dette kan ein spørje når ein medlemsstat sine økonomiske interesser utgjer eit legitimt omsyn og når dette

¹³¹ Sak 7-61 *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 1961 s. 317.

¹³² Henrik Bull, *Det indre marked for tjenester og kapital : import av finansielle tjenester*, Oslo 2002 s. 578.

utgjer eit illegitimt omsyn i EØS-rettsleg forstand, særleg med tanke på korleis dette stiller seg når det gjeld konkurransepolitiske omsyn.

3.4.1.1 Nasjonalproteksjonistiske omsyn

a) Proteksjonistisk regulering der nasjonale private aktørar får større rett enn utanlandske aktørar

I *Italia* la den italienske staten ned fleire importrestriksjonar for å verne om den italienske svinekjøtmarknaden, og søkte å legitimere dette etter den dåverande EC artikkel 36 og omsynet til «offentlig orden».¹³³ Domstolen godtok ikkje denne grunngivinga, og uttala at artikkel 36 «omhandler ... tilfælde af ikke-økonomisk art».¹³⁴ Denne dommen er ein god illustrasjon på kva som tradisjonelt var meint med eit forbod mot økonomiske omsyn. For å verne seg mot internasjonal konkurranse, prøvde statane å byggje nasjonale handelsbarrierar. I rettspraksis finst det mange døme på at EU-domstolen har nekta medlemsstatane å byggje slike barrierar grunngitt i økonomiske omsyn.¹³⁵

b) Proteksjonistisk regulering i form av at nasjonale og privatiserte aktørar får større rett enn utanlandske aktørar

Portugal er ei av dei såkalla «golden shares»-sakene som har versert for EU-domstolen.¹³⁶ Termen «golden shares» eller «preferanseaksjar» er ein fellesskapsrettsleg term på statlege særrettar i privatiserte selskap som anten er heimla i lov eller selskapet sine vedtekter. Det

¹³³ Sak 7-61 *Kommisjonen mot Italia*, Sml. dansk spesialutgave 1954-1964 s. 271.

¹³⁴ *ibid* bokstav d) s. 277.

¹³⁵ Sak 40/82 *Kommisjonen mot Storbritannia*, Sml. 1984 s. 283. Sak 288/83 *Kommisjonen mot Irland*, Sml. 1985 s. 1761.

¹³⁶ C-367/98 *Kommisjonen mot Portugal*, Sml. 2002 s. I-4731. Sjå òg C-483/99 *Kommisjonen mot Frankrike*, Sml. 2002 s. I-04781. C-503/99 *Kommisjonen mot Belgia*, Sml. 2002 s. I-4809. C-171/08 *Kommisjonen mot Portugal*, Sml. 2010 s. I-6817.

treng ikkje å dreie seg om aksjar eller «shares», men at staten framleis opprettheld særskilde rettar hos det aktuelle selskapet gjennom nasjonale føresegner.¹³⁷

Denne saka gjaldt ei nasjonal regulering som avgrensa andre medlemsland sin tilgang til å investere i tidlegare heilstatlege portugisiske verksemdar. EU-domstolen kom til at «hensynet til medlemsstatens almene finansielle interesser» ikkje kunne legitimere restriksjonar av den frie flyten av kapital, og uttala om dette at:

«Det fremgår nemlig af fast retspraksis, at økonomiske hensyn ikke kan begrunde hindringer, som traktaten forbyder. Dette ræsonnement gælder ligeledes de økonomisk-politiske mål, der afspejles i artikel 3 i lov nr. 11/90, samt de mål, der er anført af den portugisiske regering under denne sags forløb, nærmere bestemt valget af en strategisk samarbejdspartner, *en styrkelse af konkurrencestrukturen på det pågældende marked* samt en modernisering og en styrkelse af effektiviteten af produktionsmidlerne. Sådanne interesser kan ikke gyldigt begrunde en begrænsning af den berørte grundlæggende frihed.» (mi kursivering)¹³⁸

Dommen viser til det tradisjonelle utgangspunktet, og understrekar i tillegg at forbodet mot økonomiske omsyn omfattar konkurransepolitiske omsyn. Dette viser ein ny nyanse av forbodet. Når EU-domstolen slår ned på omsynet til å styrke konkurransen i ein marknad, tyder dette på at domstolen forbyr omsyn der den proteksjonistiske dimensjonen ikkje er like tydeleg.

Begge dommane ovanfor er likevel gode døme på kva forbodet i utgangspunktet tok sikte på å ramme på den måten at dei nasjonale reglane innebar ein nasjonal barriere mot konkurranse utanfrå for å sikre eigne næringsinteresser. Det kan dreie seg om vern av einskilte føretak i ein marknad, eller heile marknadar på ulike nivå.¹³⁹ Likevel er det ikkje slik at ei regulering må vere diskriminerande for å vere til gunst for eigen nasjonal økonomi. Tvert imot kan ei

¹³⁷ Stefan Grundmann og Florian Möselein «Golden Shares - State Control in Privatised Companies: Comparative Law, European Law and Policy Aspects», 2003 s. 3, tilgjengeleg på http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=410580

¹³⁸ *ibid* avsnitt 52.

¹³⁹ C-324/93 Rv. Secretary of the Home Department, ex parte Evans Medical, Sml. 1995 s. I-563, avsnitt 36.

regulering gjelde likt for alle, og i tillegg vere til gunst for eigen nasjonal økonomi på mindre eller breiare marknadsplan. EU-domstolen stilte dermed etterkvart opp ei breiare vurdering enn berre om ei nasjonal regulering var diskriminerande på bakgrunn av nasjonalitet, og såleis i konflikt med reglane om dei fire fridommene. For å fange opp fleire tilfelle, flytta domstolen fokus over på marknadstilgangen, og om nasjonale reguleringar hindra tilgangen til marknaden uavhengig av nasjonaliteten til aktørane.

Dette vart blant anna vist til i ein dom frå 2011, *STX Norway Offshore*, som omhandla EØS-avtala § 36 og spørsmålet om ei tariffavtale for skips- og verftsindustrien var i strid med EØS-avtala.¹⁴⁰ Her uttala EU-domstolen at

«Ifølge fast rettspraksis krever EØS-avtalen artikkel 36 ikke bare at all diskriminering på grunnlag av nasjonalitet av tjenesteytere som er etablert i en annen EØS-stat fjernes, men òg at enhver restriksjon avskaffes, òg om den ikke skiller mellom innenlandske tjenesteytere og tjenesteytere fra andre EØS-stater. En slik restriksjon kan medføre at virksomheten til en tjenesteyter som er etablert i en annen medlemsstat der han lovlig yter tilsvarende tjenester forbyr, hemmes eller gjøres mindre interessant.»¹⁴¹

3.4.1.2 Proteksjonistisk regulering i form av at ein privat aktør får marknadstilgang til skilnad frå andre aktørar uavhengig av nasjonalitet

SETTG omhandla ei gresk regulering som stilte krav om at alle autoriserte turistguidar måtte inngå arbeidskontrakt med det reisebyrået dei var tilknytte slik at dei var underlagde gresk arbeidsrett.¹⁴²

Den greske reguleringa hadde følgjande ordlyd:

¹⁴⁰ Sak E-2/11 *STX Norway Offshore AS m.fl. mot Staten v/Tariffnemda*.

¹⁴¹ *ibid* avsnitt 75.

¹⁴² Sak C-398/95 *Syndermos ton en Elladi Touristikon kai Taxidiotikon Grafeion mot Ypourgos Ergasias*, Sml. 1997 s. I-3091. Sameina saker C-60/84 og C-61/84 *Cinéthèque SA m.fl. mot Fédération nationale des cinémas français*, Sml. 1985 s. 2605.

«Turistfoerere, der har den fornoedne autorisation til at udoeve erhvervet som turistfoerer, og som er knyttet til turist- og rejsbureauer, til medlemmer af linjerederiforeningen eller til udenlandske turistbureauer, enten direkte eller via disses filialer i Graekenland, er med henblik paa gennemfoerelse af de rejseprogrammer, som disse bureauer ivaerksaetter, forpligtet ved arbeidskontrakt og er undergivet de relevante bestemmelser i den graeske arbeidsret i forholdet til deres arbejdsgivere.»¹⁴³

Den greske staten prøvde å legitimere restriksjonen av fri flyt av tenester med omsynet til å sikre arbeidsfred. EU-domstolen godtok ikkje dette, og uttala at

«(o)pretholdelse af arbeidsfreden som middel til at bringe en kollektiv konflikt til ophoer og saaledes undgaa, at en oekonomisk sektor, og dermed et lands oekonomi, lider negative foelger deraf, maa imidlertid betragtes som et formaal af oekonomisk art, der ikke kan betragtes som et alment hensyn, der berettiger en restriktion af en grundlaeggende frihed, der sikres ved traktaten [...]»¹⁴⁴

3.5 Legitimt likevel?

3.5.1 Realitetane

Ovanfor er det vist døme på ulike tilfelle som vert ramma av regelen om forbod mot økonomiske omsyn. Som nemnd under punkt 3.4.1, viser rettspraksis likevel at dette er eit forbod som EU-domstolen ikkje har handheva som absolutt. Det finst døme på saker der domstolen har akseptert både nasjonalproteksjonistiske omsyn og andre økonomiske omsyn som legitime. Det er ikkje dermed sagt at domstolen vedkjenner seg at han lempar på forbodet, men det er haldepunkt i rettspraksis som tyder på at domstolen i realiteten har tillate økonomiske omsyn. Oppgåva vil gjennomgå nokre av desse dommane i punkt 3.5.2 til 3.5.5.

EU-domstolen har hatt ulike tilnærmingar til forbodet for å handtere saker der han ønskjer å tillate ei nasjonal regulering samstundes som han tek i vare forbodet mot økonomiske omsyn.

¹⁴³ *ibid* avsnitt 4.

¹⁴⁴ *ibid* avsnitt 23.

Eg meiner rettspraksis gir gode grunnar for å relativisere forbodet, noko som igjen vil medføre meir gjennomsiktige reglar og eit meir konsekvent system. Dette vil òg kunne påverke konkurransepolitiske omsyn sin posisjon under reglane.

Nedanfor skal oppgåva prøve å systematisere i kva tilfelle domstolen i realiteten har opna opp for økonomiske omsyn, noko som igjen vil kunne medverke til ei avklaring av om forskrifter etter konkurranselova § 14 er forbode etter reglane om dei fire fridommene. Systematiseringa er inspirert av Snell og det han omtalar som EU-domstolen sine ulike strategiar.¹⁴⁵

3.5.2 Snever forståing av restriksjonsomgrepet

EU-domstolen har i fleire tilfelle prøvd å unngå å ta stilling til ei eventuell legitimering ved å hevde at nasjonale reguleringar ikkje utgjer restriksjonar av ein eller fleire av fridommene.

Duphar omhandla nederlandske helseforsikringsreglar og refusjon for helsetenester.¹⁴⁶ Reglane stilte opp ei «svarteliste» av helseprodukt som ikkje kvalifiserte til refusjon. Føremålet med denne «svartelistinga» var ifølgje nederlandske styresmakter å «fremme kvaliteten af de farmako-terapeutiske ydelser og rette op paa de betydelige underskud i den nederlandske sygekasseforsikringsordning».¹⁴⁷ Generelt var ein stor del av produkta i den nederlandske helsesektoren importert, og mange av desse vart no svartelista. Dette førte naturlegvis til at pasientar og legar heller søkte til dei produkta på marknaden som kvalifiserte til refusjon og som dermed ikkje var importerte. Ut frå dette skulle ein tru at det var liten tvil om at dei nederlandske helseforsikringsreglane utgjorde ein restriksjon av fri flyt av varer, noko mellom anna generaladvokat Mancini hevda.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Jukka Snell, «Economic Aims as Justification for Restrictions on Free Movement» i *Rule of reason : rethinking another classic of European legal doctrine*, Groningen 2005 s. 37-56.

¹⁴⁶ Sak 238/82 *Duphar m.fl. mot Nederland*, Sml. 1984 s. 523.

¹⁴⁷ *ibid* avsnitt 3.

¹⁴⁸ Forslag til avgjerd fra generealadvokat Mancini, 14.september 1983 i sak 238/82 *Duphar m.fl. mot Nederland*, Sml. 1984 s. 523, punkt 3.

Likevel tok EU-domstolen ei heilt anna tilnærming og hevda at det her ikkje dreia seg om ein restriksjon i det heile teke. Rett nok stadfesta domstolen at slike reglar ville påverke importen og kunne føre til at visse produkt forsvann frå marknaden. Men derimot påpeika han vidare at ein måtte ta omsyn «til den særlige karakter af handelen med lægemidler, som er præget af at omkostningerne ved lægebehandling ikke dækkes af forbrugerne, men af institutionerne for social sikring».¹⁴⁹ I lys av dette ville ei lovgiving som dette ikkje i seg sjølv utgjere ein restriksjon av den frie importen så sant visse vilkår var oppfylte. Her vart det særleg lagt vekt på at reguleringa ikkje måtte vere diskriminerande og at «svartelista» baserte seg på objektive kriterium.¹⁵⁰

På denne måten unngjekk domstolen spørsmålet om legitimering då han hevda at det ikkje dreia seg om ein restriksjon.

Det einaste domstolen skreiv om ei eventuell legitimering er det same som oppgåva allereie har stadfesta, nemleg at

«(...) for det tilfælde, [...] at foranstaltningen ikke opfylder de nødvendige krav for at være forenelige med fællesskabsretten, skal, for saa vidt angaar anvendelsen af traktatens artikel 36, bemærkes, at domstolen gentagne gange har fastslaaet [...] at denne artikel vedrører foranstaltninger af ikke-økonomisk art. Bestemmelsen indeholder saaledes ikke hjemmel til en foranstaltning, som især har et budgetmæssigt formål, så som reduktion af en sygeforsikringsordnings udgifter».¹⁵¹

Saka er eit døme på konflikten som kan oppstå mellom ein medlemsstat sitt ønskje om å spare utgifter for å sikre eit tilstrekkeleg velferdstilbod på den eine sida og fellesskapsreglane sitt mål om marknadsintegrasjon på den andre sida. Ein vil ikkje oppnå marknadsintegrasjon dersom omsynet til staten sine utgifter skal få vekt, men på den andre sida risikerer ein at

¹⁴⁹ *ibid* avsnitt 20.

¹⁵⁰ *ibid* avsnitt 21.

¹⁵¹ *ibid* avsnitt 23.

staten ikkje har midlar nok til å ta i vare velferdstilbodet sitt. Oppgåva kjem tilbake til dette under punkt 3.5.5.

EU-domstolen valde ei tilnærming som tillot den å tilsynelatande oppretthalde forbodet mot økonomiske omsyn, og samstundes akseptere nasjonale reguleringar. I realiteten derimot, aksepterte EU-domstolen ein restriksjon på den frie varehandelen grunngitt i økonomiske omsyn. Korleis han pakkar dette inn, kan ikkje vere avgjerande.¹⁵² Vidare kan ein kritisere domstolen for ein inkonsekvent bruk av restriksjonomgrepet, og at det er uheldig når han legg til grunn ei snever eller vid forståing av omgrepet alt etter om saksomstenda «toler» det. Med dette meiner eg at det ikkje skal vere slik at domstolen kan leggje til grunn ei vid forståing av restriksjonsomgrepet i dei tilfella han ser at reguleringa fint kan verte legitimert, og ei snever forståing der han sterkt ønskjer å godkjenne reguleringa sjølv om han ser at dette vert vanskeleg på grunn av forbodet mot økonomiske omsyn.

3.5.3 Der det økonomiske omsynet berre er eit sideomsyn

Det finst fleire saker der domstolen argumenterer for at økonomiske omsyn kan sleppe til der dei berre er underordna, eller eit sideomsyn, av eit anna legitimt og akseptert føremål. Dette vert i teorien òg kalla hovudføremåls læra.¹⁵³

I *Campus Oil* påla den irske staten oljeimportørar å kjøpe ein del av oljen hos det einaste oljeraffineriet i Irland til ein pris fastsett av styresmaktene.¹⁵⁴ Dette utgjorde klart ein restriksjon av den frie vareflyten då importørane ikkje stod fritt til å dekkje heile behovet sitt i utlandet. EU-domstolen tok utgangspunkt i regelen om at reine økonomiske omsyn ikkje er

¹⁵² Sak 145/88 *Torfaen BC mot B&Q plc.*, Sml. 1989 s. 3851.

¹⁵³ For utfyllande informasjon om hovudføremåls læra, sjå Fredrik Aadahl «Økonomiske og administrative lovgivningshensyn i EØS-retten – nasjonale myndigheters handlefrihet på det indre marked», Perspektiv 03/11: Stortingets utredningsseksjon med vidare referansar.

¹⁵⁴ Sak 72/83 *Campus Oil Limited m.fl. mot Minister for Industry and Energy m.fl.*, Sml. 1984 s. 2727.

legitime, men kom likevel til at den traktatfesta derogasjonsføresegna om nasjonal tryggleik gjorde seg gjeldande etter den dåverande EC Treaty artikkel 36.

EU-domstolen uttala at

«I lyset af de alvorlige virkninger, som en afbrydelse af forsyningen med olieprodukter kan have for statens eksistens, maa det imidlertid antages, at oensket om paa et hvilket som helst tidspunkt at råde over en sikker minimumsforsyning med olieprodukter rækker ud over rent økonomiske betragtninger og således kan udgøre et formål, der dækkes af begrebet den offentlige sikkerhed.»¹⁵⁵

Domstolen heldt fram med å påpeike at dersom reguleringa først og fremst var legitim av omsyn til offentleg tryggleik etter traktaten, hadde det ikkje tyding at den nasjonale reguleringa òg realiserte økonomiske mål.¹⁵⁶

Rett nok var truleg EU-domstolen farga av oljekrisene i 1973 og 1979, og at Irland dermed ønskja å ha ein sikkerheit i det å vere sjølvforsynt ved ei eventuell ny krise. Likevel er dette eit tilfelle av at EU-domstolen godtok at drifta av det nasjonale raffinriet vart verna på kostnad av dei utanlandske aktørane som vart stengde ute frå delar av marknaden.

Ei forklaring på at EU-domstolen godtok økonomiske omsyn i denne saka kan vere at saka dreia seg om vern av eit einskild føretak i ein marknad, og at dette dermed ikkje ville innebære like store konsekvensar for den frie flyten til skilnad frå der ein medlemsstat ønskjer å verne ein heil marknad.

Saker for EU-domstolen om nasjonale spelmonopol har særleg fremja denne sideomsyn-tilnærminga.¹⁵⁷ Inntektene frå slike spelmonopol går ofte til allmennyttige føremål, sjå mellom anna lotterilova § 1 a) som har til føremål «å sikre at lotterier avholdes i betryggende former

¹⁵⁵ *ibid* avsnitt 35.

¹⁵⁶ *ibid* avsnitt 36.

¹⁵⁷ E-1/06 EFTA sitt overvakingsorgan mot Noreg. Sak C-243/01 Straffesak mot Piergiorgio Gambelli m.fl., Sml. 2003 s. I-13031. Sak C-275/92 Her Majesty's Customs and Excise mot Gerhart Schindler og Joerg Schindler, Sml. 1994 s. I-1039. Sak C-67/98 Questore di Verona mot Diego Zenatti, Sml. 1999 s. I-7289.

under offentlig kontroll, med sikte på å forebygge negative sosiale konsekvenser av lotterier, samtidig som *det legges til rette for at lotterier kan være en god inntektskilde for samfunnsnyttig og humanitært arbeid*» (mi kursivering). Her ser ein at det norske regelverket for lotteri er grunnigve i fleire omsyn, der det å vere ei inntektskjelde for samfunnsnyttig og humanitært arbeid er eit økonomisk sideomsyn til det å forebyggje negative sosiale konsekvensar.

Nasjonale spelemonopol utgjer per definisjon restriksjonar på fri handel, og EU-domstolen har vore klar på at inntektskanaliseringa til allmennyttige føremål ikkje i seg sjølv kan legitimere slike restriksjonar då dette utgjer økonomiske omsyn. EU-domstolen har likevel tillate dette som eit sideomsyn.

I *Zenatti* uttala domstolen at

« ... en sådan begrænsning [kan] kun accepteres, såfremt den reelt modsvarer ønsket om virkeligt at reducere spillemulighederne, og såfremt finansieringen af sociale aktiviteter via en afgift på indtægter fra tilladte spil kun er en ekstra fordel som følge af den gennemførte restriktive politik og ikke den egentlige begrundelse herfor. Selv om det ikke er uden betydning, at lotterier i væsentligt omfang kan bidrage til finansieringen af velgørende eller almennyttigt arbejde [...] kan dette hensyn ikke i sig selv anses for en objektiv begrundelse for en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser.»¹⁵⁸

3.5.4 Der økonomiske omsyn berre er eit middel for å oppnå eit mål av offentlig interesse

Denne tilnærminga er svært lik tilnærminga i punktet ovanfor, men istaden for at ein seier at det økonomiske omsynet utgjer eit sideomsyn, seier ein at det økonomiske omsynet vert akseptert i den grad det utgjer eit middel for å oppnå eit mål av allmenn interesse. Det vert såleis stilt eit krav om årsakssamanheng.

¹⁵⁸ Sak C-67/98 *Questore di Verona mot Diego Zenatti*, Sml. 1999 s. I-7289, avsnitt 36.

Nertsvoederfabriek Nederland omhandla nederlandske avfallreglar som påla slakteri berre å levere fjørkreavfall til autoriserte avfallsanstaltar.¹⁵⁹ Reglane innebar ikkje berre at dei autoriserte avfallsanstaltane fekk einerett til å handtere avfallet, men dei innebar òg ein einerett for anstaltane til å vidareforedle avfallet til dyrefôr som dei dermed kunne selje og oppnå profitt av. *Nertsvoederfabriek Nederland* var tiltalt for å ha drive utan slik tillating, men gjekk til sak mot staten og hevda påbodet var i strid med dei fire fridommene. Domstolen viste til den traktatfesta derogasjonsheimelen om omsynet til «menneskers og dyrs liv og sundhed», og legitimerde reglane etter denne.¹⁶⁰

Vidare viste domstolen til *Campus Oil* og uttala at det ikkje kunne få tyding at anstaltane kunne tene pengar på å vidareforedle og selje avfallet så lenge krava i derogasjonsheimelen var oppfylte. Domstolen gjekk endå lengre enn sideomsynsstandpunktet i *Campus Oil* og tok eksplisitt eit mål-middelstandpunkt då han uttala at «(d)ette gælder så meget mere, når den sundhedsmæssige målsætning søges virkeliggjort via bestemmelser med økonomisk sigte».¹⁶¹

Domstolen har fleire gongar poengtert denne grensa mellom økonomiske omsyn som mål og middel. I *Evans Medical* uttala EU-domstolen at importavgrensingar på legemiddel ikkje ville verte godteke dersom grunngivinga berre var å verne den nasjonale eineprodusenten mot konkurranse frå andre medlemsland.¹⁶² Derimot ville dette verte godteke dersom vernet av den nasjonale produsenten var nødvendig for å garantere ei sikker forsyning av legemiddel, føresett at dette var proporsjonalt. Det økonomiske omsynet stod følgeleg fram som eit middel for å sikre eit legitimt mål.

¹⁵⁹ Sak C-118/86 *Openbaar Ministerie mot Nertsvoederfabriek Nederland BV*, Sml. 1987 s. 3883.

¹⁶⁰ *ibid* avsnitt 14.

¹⁶¹ *ibid* avsnitt 15.

¹⁶² C-324/93 *Rv. Secretary of the Home Department, ex parte Evans Medical*, Sml. 1995 s. I-563 avsnitt 36.

3.5.5 Mogelege forklaringar på EU-domstolen sin praksis

Det er mange dommar der det ikkje går tydeleg fram korleis domstolen handterer forbodet mot økonomiske omsyn.

Kohll og *Decker* omhandla òg helseforsikringsreglar som i *Duphar* ovanfor, men domstolen tok ein annan tilnærming enn å leggje til grunn ei snever forståing av restriksjonsomgrepet.¹⁶³ I desse sakene var spørsmålet om luxembourgske helseforsikringsreglar var i strid med høvesvis etableringsretten og retten til fri flyt av tenester. Dommane gjaldt krav om refusjon av kostnader for briller og kjeveortopedisk behandling i Belgia og Tyskland for to luxembourgske statsborgarar. Spørsmålet var om delar av sjukeforsikringsordninga med førehandstillating som vilkår for refusjon av utgifter til helsetenester, utgjorde ein restriksjon på den frie rørsla. Kohll hadde fått avslag på søknaden sin om førehandstillating til å få tannlegetenester i utlandet, medan Decker fekk avslag på sin refusjonssøknad nettopp fordi han ikkje hadde søkt om slik førehandstillating.

Domstolen fann at ordninga med førehandstillating utgjorde ein restriksjon då kravet berre gjaldt behandling i utlandet, og på spørsmålet om legitimering uttala domstolen at

«Det skal hertil bemærkes, at formaal af rent økonomisk art ikke kan begrunde en begrænsning af det grundlæggende princip om fri udveksling af tjenesteydelser [...]. Det kan dog ikke udelukkes, at en risiko for et alvorligt indgreb i den sociale sikringsordnings økonomiske ligevækt kan udgøre et tvingende alment hensyn, som kan berettigge en såda begrænsning.»¹⁶⁴

Til skilnad frå *Duphar* der domstolen tydeleg gav uttrykk for at eit «budgetmæssigt formål ... som reduktion af en sygeforsikringsordnings udgifter» ikkje var legitimt, godtok domstolen dermed eit liknande omsyn i desse to sakene.¹⁶⁵ Den nederlandske staten søkte å unngå at

¹⁶³ Sak C-158/96 Raymond Kohll mot Union des Caisses de Maladie, Sml. 1998 s. I-01931. C-120/95 Nicolas Decker mot Caisse de Maladie des Employés Privés, Sml. 1998 s. I-1831.

¹⁶⁴ *ibid* avsnitt 39 og avsnitt 41.

¹⁶⁵ *ibid* avsnitt 23.

pasientar skulle reise ut av landet for å få medisinsk behandling for så å krevje utgiftene refundert frå eigne nasjonale helsemiddel. Det er såleis ikkje tvil om at det var spareomsyn som var grunngevinga for reglane.

Istaden for å skape endå meir forvirring ved tilnærminga EU-domstolen valde i denne saka, ville han kanskje vore betre tent med ei meir akseptert tilnærming som i *Nertsvoederfabriek Nederland*. Då kunne domstolen argumentert for at det å sikre finansiering var eit middel for å oppnå eit kvalitetssikra helsetilbod til alle. I saka var kravet til proporsjonalitet derimot ikkje oppfylt.

O'Flynn gjaldt ei refusjonsordning for gravferdsutgifter i Storbritannia. I denne ordninga var det eit vilkår for refusjon at gravferda fann stad i landet.¹⁶⁶ *O'Flynn* var ein irsk statsborgar busett i England som fekk avslag på søknaden sin om refusjon fordi gravferda hadde funne stad i Irland. Domstolen kom til at lokalisasjonskravet var ein indirekte forskjellsbehandling av arbeidsinnvandrarak, og at det utgjorde ein restriksjon av fri flyt av arbeidskraft.

Storbritannia legitimerte denne forskjellsbehandlinga ved at det ville medført avskrekkande store utgifter dersom refusjon skulle verte tillate for gravferder i utlandet. Denne grunngevinga er heilt klart av økonomisk karakter, men domstolen avfeia ho ikkje. Domstolen verka tilbøyeleg til å godta utgiftsvurderingane Storbritannia hevda, men kom til at reguleringa ikkje var nødvendig. Dette tyder på at EU-domstolen i tillegg verkar å akseptere spareomsyn der det ikkje berre dreiar seg om reine trygdeordningar som i *Kohll*, *Decker* og *Duphar*.

Alpine Investments omhandla spørsmålet om eit nasjonalt forbod i Nederland mot såkalla «cold calls» til potensielle kundar i andre medlemsland utgjorde ein restriksjon i strid med

¹⁶⁶ C-237/94 *O'Flynn mot Adjudication Officer*, Sml. 1996 s. I-2617.

TEUF artikkel 59 om fri flyt av tenester.¹⁶⁷ «Cold calls» er ei form for markedsføring, typisk per telefon, til potensielle kundar. EU-domstolen kom til at dette utgjorde ein restriksjon, men at denne var rettferdiggjort av omsynet til «investorenes tillid til den finansielle sektor».¹⁶⁸

Sett i samanheng med *SETTG* som masteroppgåva omtala i punkt 3.4.1.2, der domstolen klart gav uttrykk for at omsynet til arbeidsfred i turistsektoren var eit omsyn av økonomisk karakter som ikkje kunne verte tillagt vekt, er det vanskeleg å forstå kvifor omsynet til tillit i finanssektoren vart godteke som legitimt i *Alpine Investments*. Begge sakene står fram som proteksjonistiske idet staten ønskjer å verne om ein særskild sektor.

I *SEVIC* vart eit tysk selskap hindra frå å fusjonere med eit luxembourgsk selskap på bakgrunn av at det tyske handelsregisteret berre opna for registrering av fusjonar mellom selskap med heimstad i Tyskland.¹⁶⁹ Spørsmålet var om dette var i strid med etableringsretten. EU-domstolen kom til at dette var ein restriksjon av etableringsretten ettersom dette innebar ein forskjellsbehandling mellom tyske og utanlandske selskap. Likevel uttala EU-domstolen at

«I denne henseende kan det ikke udelukkes, at tvingende almene hensyn, såsom beskyttelsen af kreditorernes, minoritetsselskabsdeltagernes og lønmodtagernes interesser [...] samt opretholdelse af en effektiv skattekontrol og god handelsskik [...], under visse omstændigheder og på visse betingelser kan begrunde restriktioner for etableringsfriheden.»¹⁷⁰

Staten er i utgangspunktet hindra frå å grunngi reglar av omsyn til eigne inntekter.¹⁷¹ På same måte som omsynet til å spare utgifter, vil ei legitimering av eit slikt omsyn hindre

¹⁶⁷ Sak C-384-93 *Alpine Investments BV mot Minister van Financiën*, Sml. 1995 s. I-01141.

¹⁶⁸ *ibid* avsnitt 49.

¹⁶⁹ Sak C-411/03 *SEVIC Systems AG*, Sml. 2005 s. I-10805.

¹⁷⁰ *ibid* avsnitt 28.

¹⁷¹ Sjå mellom anna Sak C-464/02 Kommisjonen mot Danmark Sml. 2005 s. I-7929. Sak C-196/04 *Cadbury Schweppes plc og Cadbury Schweppes Overseas Ltd mot Commissioners of Inland Revenue*, Sml. 2006 s. I-7995. Sak E-1/04 *Fokus Bank ASA mot Den norske stat v/Skattedirektoratet*, EFTA Ct. Rep 2004 s. 11.

integrasjonsprosessen. EU-domstolen har likevel akseptert mellom anna omsynet til effektiv skattekontroll som eit tvingande allment omsyn.¹⁷² Det er likevel sjeldan at desse omsyna har fått gjennomslag på grunn av kravet om proporsjonalitet, noko som mellom anna var tilfellet i *SEVIC*.¹⁷³ EU-domstolen vil ofte vise til at det ikkje vil vere noko problem for medlemsstatane å innhente dei nødvendige opplysningane.¹⁷⁴

3.5.6 Resultat av analysen

Analysen viser at økonomiske omsyn til tider har vorte aksepterte av EU-domstolen.

I det følgjande skal oppgåva gå gjennom relevante moment som EU-domstolen ser ut til å ha lagt vekt på når den anten har forbode eller tillate omsyn av økonomisk art.

Analysen viser at i dei tilfella der omsyna er proteksjonistiske i tradisjonell forstand, er utelukkande av økonomisk art eller utgjer eit endeleg mål i seg sjølv, held EU-domstolen ei streng linje og er lite tilbøyeleg til å akseptere den nasjonale regelen.

På den andre sida ser EU-domstolen ut til å sjå mellom fingrane der ein regel manglar proteksjonistiske trekk, der omsynet berre er delvis økonomisk eller der det økonomiske omsynet berre er eit middel for å oppnå eit anna legitimt mål.

Nokon av sakene ovanfor tyder òg på at omfanget av vernet og dermed i kor stor grad marknadsintegrasjonen vert påverka, har vekt i vurderinga, sjå mellom anna *Campus Oil* og *Nertsvoederfabriek Nederland* i punkt 3.4.3. Dette ser særleg ut til å vere tilfelle der bestemte

¹⁷² Sak 120/78 *Rewe – Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Sml. 1979 s. 649 («Cassis de Dijon-dommen»), avsnitt 8. TEUF artikkel 65.

¹⁷³ *ibid* avsnitt 28 og 29.

¹⁷⁴ Aadahl 2011, punkt 5.4.2 med vidare referansar.

verksemdar oppfyller ein allmennnyttig funksjon i medlemslandet, sjå *Alpine Investments* og *Evans Medical* i punkt 3.4.3 og 3.4.4.¹⁷⁵

Vidare viser analysen at det ser ut til at EU-domstolen legg ein strengare terskel i saker som gjeld private økonomiske næringsinteresser til skilnad frå offentlege velferdsinteresser, sjå sakene *Kohll* og *Decker* i punkt 3.4.4. Ved offentlig velferdspolitikkk står EU-domstolen overfor ei utfordring når det gjeld å balansere mellom medlemslanda si eigeninteresse i form av proteksjonistiske budsjettomsyn på den eine sida, og fellesskapsinteressa om fri flyt og lik konkurranse på den andre sida. I samband med dette er det viktig å understreke at nasjonale velferdstiltak som ikkje utgjer «økonomisk aktivitet» fell utanom verkeområdet for reglane om dei fire fridomane, og at mangel på harmoniserte fellesskapsreglar her gjer at medlemsstatane i utgangspunktet står fritt til å utforme reglar om trygdeordningar, helse, og generelt kva slags velferdstilbod borgarane skal få, jamfør mellom anna TEUF artikkel 45, artikkel 51 og artikkel 62. Med «økonomisk aktivitet» tek ein grovt forklart sikte på der det offentlege opptrer som ein aktør i marknaden.¹⁷⁶ Oppgåva vil ikkje utdjupe debatten om kva som vert rekna som økonomisk aktivitet og ikkje, men påpeike at denne grensa er styrande for når ein medlemsstat kan vektleggje omsyn av økonomisk art ved offentlig maktutøving.¹⁷⁷

På desse områda er dermed motsetnadstilhøvet mellom nasjonal politikk og integrasjon i marknaden særleg problematisk, og rettspraksis ovanfor kan tale for at EU-domstolen langt på veg bør tillate økonomiske omsyn på desse områda. Dette er i tillegg områder med mykje politisk press, og økonomiske omsyn vil ofte vere heilt avgjerande for at staten skal få gjennomslag for ein bærekraftig politikk. Aadahl uttala om sakene *Alpine Investments*, *Campus Oil*, *Nertsvoederfabriek Nederland* og *Medical Evans* at

¹⁷⁵ *ibid*, s. 18.

¹⁷⁶ Helle 2013, s. 151-168.

¹⁷⁷ *ibid*, s. 168.

«Et fellestrekk ved disse sakene er at de berørte medlemsstatene anså at det forelå et statlig ansvar for å sikre sine borgere henholdsvis et raffineri på territoriet, en ordning for avfallshåndtering, en sikker forsyning av legemidler, og nærforsyningen av dagligvarer i isolerte strøk. En mulig forståelse av avgjørelsene er at EU-domstolen anså de økonomiske hensynene som et utilsiktet resultat av den ordningen medlemsstatene hadde valgt for å oppfylle dette ansvaret.»¹⁷⁸

Dermed viser analysen at EU-domstolen i praksis har hatt ei mykje meir subtil tilnærming til forbodet mot økonomiske omsyn som legitime føremål under reglane om dei fire fridommane, enn det absolutte standpunktet som domstolen så ofte har gitt uttrykk for. Eg meiner denne subtile tilnærminga er ein naturleg konsekvens av utviklinga til reglane om dei fire fridommane.

Reglane om fri flyt har ekspandert mykje sidan det tradisjonelle forbodet mot økonomiske omsyn vart etablert. I tråd med denne utvidinga har behovet for fleire reglar og unntak frå reglane auka. Dersom områda for den frie flyten skulle ekspandert utan at regelverket hang med, hadde ein risikert at nasjonale reglar som i utgangspunktet var gunstige, måtte vike til skade for den allmenne interessa.

Dette kan blant anna verte illustrert med dommane *Kohl* og *Decker*, sjå punkt 3.4.4. Her var det omsynet til å avgrense offentlege utgifter som stod i fokus, og ikkje det å verne nasjonale produsentar eller tenesteytarar på ein marknad som normalt vert forstått med proteksjonisme. Såleis var det i større grad eit spørsmål om kor langt EU-retten går i å påleggje medlemslanda å skape ein europeisk marknad for offentlege subsidierte trygdeytningar. Her sat domstolen foten ned, og godtok ein stat si moglegheit til å føresjå, kontrollere og sikre eit tilstrekkeleg nasjonalt helsetilbod til alle som eit legitimt føremål.

Masteroppgåva vil ikkje gå djupare inn på denne debatten anna enn å konstatere at når det kjem til offentlege tilbod som helse og skule, bør staten ha moglegheit til å vektleggje spareomsyn i legitimeringa av reguleringar av denne typen for å sikre gode nok tilbod. Grensa

¹⁷⁸ Aadahl 2011, s. 18-19

for kva som er i allmennheita si interesse og ikkje er vanskeleg å trekkje, men når det gjeld noko så prekært som eit tilstrekkeleg helsetilbod, kan ikkje forbodet verte oppretthaldt. Ifølge Bull er det grenser for kor langt ein kan strekke forbodet mot økonomiske og administrative omsyn, ettersom «EØS-statene [åpenbart ikke kan] være forpliktet til å akseptere at de offentlige utgifter løper løpsk.»¹⁷⁹ Dette tilseier at EU-domstolen vil akseptere omsynet til staten sine utgifter dersom utgiftene vert urimeleg store.

Til og med når ein er i kjernen av forbodet mot økonomiske omsyn, nemleg tradisjonelle proteksjonistiske omsyn, meiner eg det bør vere rom for å lempe på forbodet, i alle fall i ein overgangsfase. Dersom ein tidlegare verna sektor plutsleg skulle ut på den frie marknaden, ville eit forbod mot reglar som var grunnlagt i økonomiske omsyn kunne få dramatiske konsekvensar, slik som arbeidsløyse, nedlegging og konkurs. Skulle domstolen verte teke så bastant på ordet som han stundom har gitt uttrykk for, ville ikkje staten hatt særlege moglegheiter til å avhjelpe overgangen frå offentleg til privat sektor.¹⁸⁰

På den andre sida kan EU-domstolen ved å lempe på forbodet risikere at medlemsstatane kjem med proteksjonistiske reglar som vil hindre marknadsintegrasjonen på sikt. Ein må ikkje gløyme at samarbeidet byggjer på ein føresetnad om at frihandel på langt sikt vil vege opp for dei auka kostnadane medlemsstatane sine forpliktingar medfører på kort sikt. Snell skriv om dette at

«Free trade creates both losers and winners. It brings about increasing competition with the inevitable consequence that some undertakings will fail, creating unemployment and other problems ... If those makers were now free to limit free trade for example to protect the employment or the balance of payments, the impact of the internal market could be neutralised just when it was beginning to be felt, and thus the economic benefits of intergration could never be realised.»¹⁸¹

¹⁷⁹ Henrik Bull, Det indre marked for tjenester og kapital : import av finansielle tjenester, Oslo 2002 s. 579.

¹⁸⁰ Snell 2005, s. 53.

¹⁸¹ Snell 2005, s. 48.

Hovudføremålet med denne analysen har vore å vise at det ikkje er eit absolutt forbod mot økonomiske omsyn for å nedanfor i punkt 3.5 vurdere korleis dette påverkar konkurransepolitiske omsyn. Oppsummert handlar dette om å finne ein rimeleg balanse mellom marknadsintegrasjon og nasjonale styresmakter sin fridom til å utforme sin eigen politikk. Det vil alltid vere ein konflikt her når det gjeld økonomiske omsyn.

Avslutningsvis under denne analysen vil eg òg nemne noko som har vore påfallande ved arbeidet med desse sakene. EU-domstolen inntek ofte ei uklar haldning når det gjeld føremålsvilkåret under reglane om dei fire fridommane, for så å stengje klart og tydeleg for dei nasjonale reglane under proporsjonalitetsvilkåret.

Mattera hevdar at nettopp på bakgrunn av dette er EU-domstolen si frykt for å tillate økonomiske omsyn overdrive.¹⁸² Han verkar å argumentere for at proporsjonalitetsvilkåret vil fungere som ein «buffer» for at restriksjonar som er grunngitt i økonomiske omsyn ikkje vil bli tillate. Ettersom dette vilkåret uansett må vere oppfylt, hevdar Mattera det ikkje er grunnlag for at ein aksept av slike omsyn vil innebere ei utholing av reglane om fri flyt.

Sjølv om vilkåret inneber eit visst rom for EU-domstolen til å kontrollere slike restriksjonar, er dette ingen absolutt garanti for at utholing av reglane vil skje. Aadahl framhev at

«(s)ærlig spørsmålet om et tiltak er nødvendig i relasjon til et økonomisk eller administrativt hensyn utgjør et vanskelig vurderingstema, både materielt og bevismessig ... [og] ... Det kan argumenteres med at EU-domstolen er dårlig rustet til å vurdere slike vanskelige sosialøkonomiske problemstillinger, slik at proporsjonalitetstesten bare til en viss grad synes egnet til å avhjelpe risikoen for uthuling av den frie bevegeligheten».¹⁸³

¹⁸² Alfonso Mattera, *Le marché unique européen : ses règles, son fonctionnement*, Paris 1990 s. 277.

¹⁸³ Aadahl 2011, s. 9 med vidare referansar.

3.6 Korleis vert konkurransepolitiske omsyn under konkurranselova § 14 påverka av EU-domstolen si haldning til forbodet mot økonomiske omsyn?

3.6.1 Definisjon av konkurransepolitiske omsyn

Ettersom rettspraksis viser at omsyn av økonomisk art til ein viss grad har vorte aksepterte av EU-domstolen, kan ein spørje korleis dette påverkar konkurransepolitiske føremål sin posisjon under reglane om dei fire fridommane.

Det er viktig å understreke at ingen av dommane ovanfor i punkt 3.4.2 til 3.4.6 omhandla reguleringar med konkurransepolitiske føremål spesifikt. Difor gir dei ikkje direkte svar på kva slags posisjon denne typen føremål har under reglane om dei fire fridommane. Likevel har alle desse sakene til felles at dei omhandlar omsyn av økonomisk karakter, og eg meiner dei viser at forbodet mot økonomiske omsyn ikkje er absolutt. Dette talar vidare for at det må verte vurdert konkret om konkurransepolitiske føremål kan legitimere restriksjonar av dei fire fridommane, og at dette ikkje kan verte stadfesta utan vidare.

Det er vanskeleg å gi ein klar definisjon av konkurransepolitiske omsyn, men *Portugal* som vart omtala i punkt 3.4.1.1 b) kan gi ein god peikepinn på kva det i denne konteksten dreiar seg om.¹⁸⁴ I forlenginga av forbodet mot økonomiske omsyn som føremål, uttala EU-domstolen i denne saka at dette gjaldt tilsvarende for det å ha «en styrkelse af konkurrencestrukturen på det pågældende marked» som føremål.¹⁸⁵ Av rettspraksis går det fram at forbodet omfattar både reguleringar som er proteksjonistiske i den forstand at dei vrir konkurransen til fordel for nasjonale aktørar, og til fordel for visse typar aktørar.

Flybonusforskrifta er eit godt døme på sistnemnde. At forskrifta stiller opp eit forbod mot å tilby bonuspoeng på flyreiser innanlands, kan verke som ei favorisering av lågprisflyselskap

¹⁸⁴ C-367/98 *Kommisjonen mot Portugal*, Sml. 2002 s. I-4731.

¹⁸⁵ *ibid* avsnitt 52.

på kostnad av fullservice flyselskap, noko som i lys av definisjonen ovanfor tilseier at reguleringar av denne typen vil stride mot forbodet. Dette har òg vore framheva av ESA.¹⁸⁶ Likevel finst det på same måte som ovanfor, døme frå rettspraksis som tilseier at EU-domstolen heller ikkje her i realiteten opprettheld ein så streng og konsekvent rettsbruk.

3.6.2 Mot ei liberalisering her òg?

Serrantoni gjaldt mellom anna spørsmålet om ei italiensk føresegn som sat eit absolutt forbod for visse byggjeselskap å delta i anbodskonkurranse, var i strid med retten til fri etablering.¹⁸⁷ Det absolutte forbodet gjaldt berre for selskap som la inn eigne tilbod til tross for at dei allereie var med i deltakande konsortium. Det hadde inga tyding at interessene til selskapa var heilt motstridande. EU-domstolen slo fast at den italienske reguleringa utgjorde ein restriksjon av etableringsretten, men at det å «bekjempe potensielt ulovligt samarbejde» var eit føremål som kunne legitimere ein slik restriksjon.¹⁸⁸

Dommen tyder på at EU-domstolen ikkje utelukkar at konkurransepolitiske omsyn kan legitimere restriksjonar av dei fire fridommane.

EU-domstolen påpeika likevel at eit absolutt forbod som medførte automatisk ekskludering av visse selskap, aldri ville vere i tråd med proporsjonalitetsprinsippet. EU-domstolen uttala at

«En sådan regel indeholder således en uigendrivelig formodning om gensidig indflydelse i de tilfælde, hvor en sammenslutning og en eller flere af de virksomheder, der indgår heri, har indgivet konkurrerende bud i den samme procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt, selv når den pågældende sammenslutning ikke har deltaget i proceduren på de pågældende virksomheders vegne og i deres interesse, uden at hverken sammenslutningen eller de berørte virksomheder er givet nogen

¹⁸⁶ ESA sitt brev til departementet 4.Juli 2012 avsnitt 70 http://www.nettavisen.no/multimedia/na/archive/01077/esa-bonusforbud_1077189a.pdf s. 8-9.

¹⁸⁷ C-376/08 *Serrantoni Srl og Consorzio stabile edili Srl* mot Comune di Milano, Sml. 2009 s. I-12169.

¹⁸⁸ *ibid* avsnitt 45.

mulighed for at bevise, at deres bud er blevet formulert helt uafhængigt, og at der derfor ikke foreligger nogen risiko for påvirkning af konkurrencen mellem de bydende.»¹⁸⁹

Som nemnd tidlegare, er det føremålskravet som har fokus i denne masteroppgåva. Likevel viser eg til denne utsegna for å synleggjere at ein kan stille spørsmål ved den generelle tilgangen til å leggje ned forbod gjennom forskrifter med heimel i konkurranselova § 14.

Eg meiner det er gode grunnar for at ein ikkje kan stengje fullstendig for konkurransepolitiske føremål. For å illustrere dette vil eg samanlikne *Portugal* som oppgåva var inne på i punkt 3.4.1.1 med den nyare saka *Serrantoni*. Ut frå desse sakene, ser rettskjeldebiletet ut til å vere splitta i to når det gjeld konkurransepolitiske omsyn. I *Serrantoni* med vidare referansar kan EU-domstolen sjå ut til å opne opp for konkurransepolitiske omsyn i visse tilfelle, medan domstolen i *Portugal* med vidare og strengt tatt mange fleire referansar, er rimeleg klar på at slike omsyn ikkje er legitime.

Etter mi meining har dommane likevel ulike føresetnader for å ta stilling til dette spørsmålet, og reguleringane i desse to sakene er av ulik art. Forskrifter etter konkurranselova § 14 er av liknande art som reguleringa i *Serrantoni*. Difor har desse skilnadene tyding for konkurranselova § 14 sin posisjon på reglane om dei fire fridommane sitt område.

Oppgåva skal i det følgjande gå gjennom desse skilnadane.

I *Serrantoni* handla det offentlege som ein ekstern part, og ikkje i like stor grad eller på same måte i eigen interesse som i *Portugal*. Det er først og fremst for å sikre effektiv konkurranse i markadar, at staten grip inn med forskrifter etter konkurranselova § 14. Det proteksjonistiske motivet til ein stat gjer seg såleis ikkje gjeldande på same måte som i golden shares-sakene.¹⁹⁰

¹⁸⁹ *ibid* avsnitt 39.

¹⁹⁰ C-367/98 *Kommisjonen mot Portugal*, Sml. 2002 s. I-4731. Sjå òg C-483/99 *Kommisjonen mot Frankrike*, Sml. 2002 s. I-04781. C-503/99 *Kommisjonen mot Belgia*, Sml. 2002 s. I-4809. C-171/08 *Kommisjonen mot Portugal*, Sml. 2010 s. I-6817.

Såleis skil føresegner av typen omhandla i *Portugal* seg frå føresegner av typen i *Serrantoni* og forskrifter etter konkurranselova § 14, ved at staten sitt mål med reguleringa, er ulikt.

Målet med ei føresegn i golden shares-tilfelle er å sikre dei økonomiske interessene til staten i form av at staten framleis opprettheld ein viss kontroll over selskapa. Konkurranselova § 14 opnar derimot opp for at det offentlege som ein ekstern part, aktivt kan gripe inn i marknader gjennom forskrifter for å sikre effektiv konkurranse. Det har ikkje noko å seie om aktørane tidlegare har vore offentlege eller ikkje. Konkurranselova § 14 gir såleis ikkje staten nokon heimel til å ivareta særskilde rettar hos nokon av aktørane.

På den andre sida kan ein argumentere for at sjølv om målet ikkje er proteksjonistisk, har ikkje dette noko å seie så lenge verknaden vert proteksjonistisk.

Slik eg ser det, tilseier dette likevel at ein må nyansere rettskjeldebiletet, og at det ikkje kan verte stadfesta utan vidare, at konkurransepolitiske omsyn er utelukka på områda til reglane om dei fire fridommane.

I *Portugal* vert konkurransepolitiske omsyn nytta for å legitimere særskilde rettar for staten, medan i *Serrantoni* og forskrifter etter konkurranselova § 14, vert konkurransepolitiske omsyn nytta for å sikre konkurransedyktige marknader. Det er såleis eit tydeleg skilje i bruken av konkurransepolitiske omsyn frå medlemsstatane si side, noko eg meiner kan tale for å tillate konkurransepolitiske omsyn under sistnemnde. Det er klart at det å nytte konkurransepolitiske omsyn for å sikre eigne statlege økonomiske interesser framfor andre statar sine interesser, vanskeleg vil kunne legitimere restriksjonar av dei fire fridommane ettersom dette vil hindre marknadsintegrasjonen. Dette stiller seg derimot annleis når det gjeld bruk av konkurransepolitiske omsyn for å sikre tilstrekkeleg konkurranse i marknader.

Som oppgåva var inne på tidlegare, er forbodet mot diskriminering ikkje berre nasjonalitetsbestemt lengre, men òg utvida til å gjelde marknadstilgangen. Her såg vi at golden-shares tilfella, slik som *Portugal*, vart ramma då medlemsstatane gjennom eigne føresegner vart betre stilt enn andre medlemsstatar. *Serrantoni* og forskrifter etter konkurranselova § 14 skil seg frå dette ved at det dreiar seg om utestenging av visse aktørar. Denne skilnaden medfører ikkje at problemstillinga om legitimering i sterkare eller svakare grad er til stades under nokon av reguleringane. Likevel er det interessant å sjå at i

utgangspunktet skal ei forskrift etter konkurranselova § 14 ikkje skape etableringsvanskar. Tvert om, er føremålet med ei slik forskrift å leggje til rette for at fleire aktørar kan etablere seg og tilby tenestar. I prinsippet skal difor ei forskrift etter konkurranselova § 14 og reglane om dei fire fridommane til dels sikre det same.

Dermed strir ikkje det å sikre konkurransedyktig eller effektiv konkurranse i marknader mot dei overordna omsyna bak reglane om dei fire fridommane, sjå mellom anna EØS-avtala artikkel 1 første avsnitt og andre avsnitt bokstav e). Etter EØS-avtala ønskjer ein å sikre ein effektiv og fungerande indre marknad mellom medlemsstatane, med mest mogleg fri flyt og minst mogleg nasjonale barrierar. Føresegner som konkurranselova § 14 opnar opp for at det offentlege skal sikre effektiv konkurranse i marknader der det er nødvendig, noko som igjen gir betre og større flyt enn om ein enkelt aktør skulle fått tilnærma monopol. På begge sider ønskjer ein såleis fungerande og effektive marknader.

Problemet er at ei forskrift som skal leggje til rette for konkurranse og etablering etter konkurranselova § 14, vert rekna som ein restriksjon av reglane om dei fire fridommane. Det verkar å vere ein feil i systemet når ei forskrift som skal leggje til rette for etablering og tilbod av tenestar, vert rekna for å utgjere ein restriksjon av nettopp retten til å etablere seg og tilby tenestar etter reglane om dei fire fridommane. For å oppnå fri flyt, er det jo ein føresetnad at konkurransen vert effektiv.

Ein teori for kvifor det er slik, er at nasjonale styresmakter og EU har ulike syn på kva som er best for å sikre etablering.

Ein kanskje meir sannsynleg teori er at restriksjonar på retten til å etablere seg og tilby tenestar er eit meir formelt kriterium som ikkje tek omsyn til meir konkrete konkurransepolitiske eller økonomiske forhold. Eg skal ikkje argumentere for ei anna forståing av restriksjonsomgrepet, men heller for at konkurransepolitiske omsyn difor må kunne legitimere desse typane restriksjonar. Eg meiner dette er den beste måten å løyse motstriden skissert i avsnitta ovanfor.

Serrantoni bør difor få gjennomslag. Sjølv om reglane medførte innskrenka marknadstilgang for somme aktørar og dermed utgjorde ein restriksjon av retten til fri etablering, unngjekk den italienske staten kartell-liknande oppførsel mellom byggeselskap ved å forby dei som allereie

samarbeida på andre byggjeprojekt å delta individuelt i same anbodskonkurranse. På den måten unngjekk ein ulovleg prissamarbeid, og sikra effektiv konkurranse. Målet var såleis det same som føremåla som vert fremja i EØS-avtala, nemleg å sikre konkurransen og den frie flyten på marknaden. Difor kunne heller ikkje EU-domstolen slå fast noko anna enn at å motarbeide slikt ulovleg samarbeid var legitimt.

Tilsvarande kan ein argumentere når det gjeld Flybonusforskrifta. Målet med forskrifta var mellom anna å sikre retten til fri etablering, men då forskrifta gjorde det mindre attraktivt for ffp-aktørar (frequent flyer program) å etablere seg, utgjorde dette ein restriksjon av reglane om dei fire friedommane. Her meiner eg at føremålet om å unngå monopol og sikre effektiv konkurranse på liknande måte som i *Serrantoni*, burde ha kunna legitimert denne forskrifta.

4. Handelsdirektivet

4.1 Er Handelsdirektivet ei hindring for forskrifter etter konkurranselova § 14?

Den tredje og siste delen av masteroppgåva skal ta føre seg kva slags skrankar

Handelsdirektivet legg på konkurranselova § 14.¹⁹¹

Direktivet om urimeleg handelspraksis er eit resultat av eit ønske som går langt attende i tid, om å harmonisere reglane om urimeleg handelspraksis frå profesjonelle aktørar overfor forbrukarar i EU. Tidlegare medførte store skilnader i regelverka til medlemsstatane at forbrukarane sine økonomiske interesser på den indre marknaden vart skadelidne, sjå direktivet si fortale punkt 2 til 6. Difor kom EU i mai 2005 med dette direktivet for å oppnå ein felles europeisk standard mot urimeleg handelspraksis.¹⁹²

Hovudføremålet med direktivet er å verne forbrukarane sine økonomiske interesser ved å hindre at marknadsføringa er villeiande eller urimeleg.¹⁹³ Artikkel 1 fremjar føremålet med direktivet:

«Formålet med dette direktiv er at bidrage til et velfungerende indre marked og opnå et højt forbrugerbeskyttelsesniveau gennem tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om urimelig handelspraksis, der skader forbrugernes økonomiske interesser.»

Av retningslinjene til direktivet går det fram at

«Direktivet inneholder harmoniserede regler om urimelig handelspraksis og tager sigte på at

¹⁹¹ Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked, EU-Tidende nr. L 149 af 11.juni 2005 s. 22-39.

¹⁹² Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 12-14.

¹⁹³ St.prp. nr. 9 (2006-2007) «Om samtykke til godkjenning av beslutning i EØS-komiteen nr. 93/2006 av 7.Juli 2006 om innlemmelse i EØS-avtala av direktiv 2005/29/EF av 11.mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere» s. 1.

sikre et højt forbrugerbeskyttelsesniveau. Formålet er at sikre, at forbrugerne ikke vildledes eller udsættes for aggressiv markedsføring, og at alle påstande fremført af erhvervsdrivende i EU er klare, sande og underbyggede, således at forbrugerne kan træffe velinformerede og meningsfulde valg. Direktivet tager desuden sigte på at sikre, fremme og beskytte en fair konkurrence i relation til handelspraksis.»¹⁹⁴

Direktivet er eit totalharmoniseringsdirektiv som fastset tvingande normer for medlemsstatane, sjå mellom anna fortalen punkt 11, 14 og 15. Dermed skal nasjonale reglar stort sett ha same innhald som reglane i direktivet, verken meir eller mindre. Dette til skilnad frå minimumsharmonisering, der medlemsstatane følgjer eit minstekrav frå EU, men står fritt til å etablere strengare reglar så lenge dette ikkje strir mot EØS-avtala.

Av direktivet artikkel 3 nummer 9 går det likevel fram at for finansielle tenester og fast eigedom er direktivet berre eit minimumsdirektiv. I tillegg gir direktivet den enkelte stat stor fridom i utforminga av handhevings- og sanksjonssystem.

Behovet for totalharmonisering kjem til uttrykk i direktivet sin fortale punkt 13, der det går fram at

«For at opfylde Fællesskabets målsætninger gennem fjernelse af hindringerne på det indre marked er det nødvendigt, at medlemsstaternes nuværende divergerende generalklausuler og retsprinsipper erstattes med noget andet. Det enkelte, fælles generelle forbud, som er fastsat ved dette direktiv, omfatter derfor urimelig handelspraksis, der forvrider forbrugernes økonomiske adfærd».

I *Plus Warenhandelsgesellschaft* understreka EU-domstolen verdien av totalharmoniseringa då han uttala at

«... direktiv 2005/29 udgør en udtømmende harmonisering på fællesskabsretligt niveau af reglerne om virksomhedernes urimelige handelspraksis overfor forbrugerne. Medlemsstaterne kan, som det udtrykkeligt fastslås i direktivets artikel 4, derfor ikke vedtage foranstaltninger, der er mere restriktive

¹⁹⁴ Arbejdsdokument fra Kommissionens Tjenestegrene: Vejledning i gennemførelsen/anvendelsen av Direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis, SEK(2009) 1666, avsnitt 2 under innleiinga.

end dem, der fremgår af direktivet, ej heller med henblik på at sikre et højere forbrugerbeskyttelsesniveau ... ».¹⁹⁵

Det er vernet mot urimeleg handelspraksis *overfor forbrukarar* direktivet regulerer uttømmande, noko som inneber at det heller ikkje er tillate med nasjonale reguleringar som gir ytterlegare forbrukarvern.

For medlemsstatar som tradisjonelt har hatt eit høgare vern av forbrukarar, inneber direktivet at standardane må verte senka. Dette vil òg sakene nedanfor i punkt 4.3.3 vise. Sett på spissen og frå eit større perspektiv inneber dermed totalharmoniseringsdirektivet at marknadsintegrasjonen i desse medlemsstatane går på kostnad av forbrukarvernet.¹⁹⁶ Dette er ein debatt oppgåva ikkje skal gå inn på, men eg ønskjer å vise kva ei totalharmonisering faktisk inneber og at det å oppnå marknadsintegrasjon og ein felles standard for forbrukarvern i heile marknaden ikkje berre sikrar meir vern i medlemsstatane der forbrukarane er dårleg stilte. Det kan faktisk òg innebære at andre medlemsstatar må senke standardane sine.

4.2 Verkeområde

Direktivet sitt verkeområde er omfattande og ikkje særleg klart avgrensa. Etter artikkel 3, nummer 1 gjeld direktivet for «virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne, som fastlagt i artikkel 5, før, under og efter en handelstransaktion i forbindelse med et produkt». Direktivet rettar seg såleis berre mot vern av forbrukarane sine økonomiske interesser, jamfør fortalen punkt 6, og gjeld dermed ikkje handelspraksis mellom

¹⁹⁵ Sak C-304/08 Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV mot Plus Warenhandelsgesellschaft mbH, Sml. 2010 s. I-00217, avsnitt 41 med vidare referanse.

¹⁹⁶ Amandine Garde, «The Unfair Commercial Practices Directive : a successful example of legislative harmonisation?» i *The judiciary, the legislature and the EU internal market*, Cambridge 2012 s. 118-146 (s. 126-127).

næringsdrivande eller handelspraksis som berre er til skade for konkurrentane sine økonomiske interesser.

Ei nasjonal regulering kan dermed ikkje ha til føremål å verne forbrukarane sine økonomiske interesse utover direktivet sine rammer. Nasjonale regler som har til føremål å verne forbrukarinteresser som ikkje er av økonomisk art, fell derimot utanfor direktivet sitt verkeområde.

Ei forskrift etter konkurranselova § 14 må difor ha til føremål å regulere urimeleg handelspraksis overfor forbrukarane for å vere på området til direktivet. To hovudvilkår må vere oppfylte. Det må for det første dreie seg om handelspraksis i direktivet si tyding, og for det andre må denne praksisen rette seg mot forbrukarane sine økonomiske interesser. Det er særleg det andre vilkåret som reiser ein del problemstillingar. Først dersom desse vilkåra er oppfylte, reiser spørsmålet om handelspraksisen er urimeleg seg.

Eit viktig poeng å få fram som gjeld konkurranselova § 14 er at direktivet ikkje innskrenkar reguleringstilgangen på andre ledd i distribusjonsskjeda enn der forbrukarar er involvert. Dette inneber at det står att eit stort rom for regulering sjølv om direktivet kjem i bruk.

Direktivet er ytterlegare avgrensa mot fleire område. Av fortalen punkt 9 går det fram at

«Dette direktiv berører ikke sager indklaget af dem, som har lidt skade på grund af urimelig handelspraksis Det berører heller ikke fællesskabsbestemmelser eller nationale bestemmelser om aftaleret, intellektuel ejendomsret, bestemmelser om produkters sundheds- og sikkerhedsmæssige aspekter, etableringsbetingelser eller godkendelsesordninger, herunder sådanne, der i overensstemmelse med fællesskabsretten vedrører hasardspil, *EF's konkurrencebestemmelser eller nationale bestemmelser til gennemførelse af disse*» (mi kursivering).

I tillegg fell sertifisering og oppføring av finheitsgrad for edelmetall jamfør artikkel 3 nummer 10, og unntaket om « smag og anstændighed» utanfor.

Oppgåva vil greie ut om tilhøvet mellom direktivet og konkurransereguleringar av typen som i konkurranselova § 14 under punkt 4.3.2.

Fellesskapsreglar som regulerer bestemte aspekt ved urimeleg handelspraksis har forrang ved motstrid med direktivet, jamfør artikkel 3 nummer 4 og fortalen punkt 10. Direktivet utfyller

såleis gjeldande fellesskapsrett som kjem i bruk på handelspraksis som skadar forbrukarane sine økonomiske interesser.¹⁹⁷

4.2.1 Kva er «handelspraksis» i direktivet si tyding?

For at problemstillinga om kva slags grenser direktivet stiller opp for bruken av konkurranselova § 14 skal verte aktuell, må forskrifter med heimel i denne føreseigna regulere «handelspraksis» i direktivet si tyding.

I direktivet artikkel 2 (d) er handelspraksis definert som «en handling, udeladelse, adfærd eller fremstilling, kommerciel kommunikation, herunder reklame og markedsføring, foretaget af en erhvervsdrivende med direkte relation til promovering, salg eller udbud af et produkt til forbrugerne». Les ein definisjonen i samanheng med artikkel 3 om verkeområdet til direktivet, går det fram at direktivet kjem i bruk når føretak driv urimeleg handelspraksis overfor forbrukarar både før, under og etter handelstransaksjonen knytt til eit produkt. Av punkt 13 i fortalen går det vidare fram at «[f]or at understøtte forbrugernes tillid bør det generelle forbud ligeledes gælde urimelig handelspraksis, der finder sted uden for et aftaleforhold mellem en erhvervsdrivende og en forbruger eller efter indgåelsen af en aftale og under dens udførelse.»

Ordlyden stiller såleis opp ein svært vid definisjon av omgrepet «handelspraksis», noko som òg har vorte stadfesta i rettspraksis. I *Plus warenhandelsgesellschaft* uttala EU-domstolen at direktivet har «et særligt bredt materielt anvendelsesområde, som omfatter enhver handelspraksis, der har relation til promovering, salg eller udbud af et produkt til forbrugerne».¹⁹⁸

¹⁹⁷ Ot.prp. nr. 55 2007-2008.

¹⁹⁸ Sak C-304/08 *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV* mot *Plus Warenhandelsgesellschaft mbH*, Sml. 2010 s. I-217, avsnitt 39.

Direktivet omfattar òg handelstransaksjonar over internett og sosiale medium.¹⁹⁹ I utgangspunktet rammar direktivet ikkje tilfelle der den profesjonelle parten kjøper produkt av ein forbrukar, jamfør ordlyden i artikkel 2 d) «til forbrukerne». Av ordlyden i artikkel 2 d) går det òg fram at direktivet omfattar salspromotering. I retningslinjene nemner ein eit par døme på kva slags praksis som fell innunder direktivet:

«Tilgift eller kombinationstilbud, rabatter, prisnedslag, tilbudsvarer, kommersielle lotterier, konkurranser og vouchers er former for handelspraksis, der falder ind under direktivet og er underlagt direktivets bestemmelser».²⁰⁰

Som nemnd i punkt 4.1 er òg finansielle tenester omfatta jamfør artikkel 3 nummer 9. I Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/65/EF af 23. september 2002 om fjernsalg af finansielle tjenesteydelser til forbrukerne artikkel 2 bokstav b er finansielle tenestar definert som «enhver tjeneste, der har karakter af bank-, kredit-, forsikrings-, individuel pensions-, investerings- eller betalingstjenesteydelse».²⁰¹

Omgrepet omfattar likevel ikkje all slags handel overfor ein forbrukar. Av artikkel 3 tredje og fjerde avsnitt i direktivet går det fram at «[d]ette direktiv berører ikke fællesskabsbestemmelser eller nationale bestemmelser vedrørende produkters sundheds- og sikkerhedsmæssige aspekter». Og vidare, som oppgåva var inne på under punkt 4.2, at «[i] tilfælde af uoverensstemmelse mellem dette direktivs bestemmelser og andre fællesskabsbestemmelser om særlige aspekter af urimelig handelspraksis, vil sidstnævnte gælde for de pågældende særlige aspekter».

¹⁹⁹ «Vejledning i gennemførelsen/anvendelsen af Direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis», punkt 1.4. Sameina saker C-261/07 og C-299/07 *VTB-VAB NV mot Total Belgium NV og Galatea BVBA mot Sanoma Magazines Belgium NV*, Sml. 2009 s. I-2949.

²⁰⁰ *ibid* punkt 1.4.

²⁰¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/65/EF af 23. september 2002 om fjernsalg af finansielle tjenesteydelser til forbrukerne og om ændring af Rådets direktiv 90/619/EØF samt direktiv 97/7/EF og 98/27/EF, EFT L 271 af 9.10.2002, s. 16–24.

Kva som utgjer handelspraksis i direktivet sin forstand kunne ha vorte problematisert ytterlegare, men omgrepet famnar svært vidt og utelukkar neppe i seg sjølv forskrifter etter konkurranselova § 14. Mykje av det som vert regulert etter konkurranselova § 14, vil verte omfatta av handelspraksis i direktivet sin forstand. Det er såleis ikkje denne problemstillinga som er den sentrale når det gjeld kva slags avgrensingar direktivet legg på konkurranselova § 14.

4.2.2 Kravet til urimelegheit

Idet ei forskrift etter konkurranselova § 14 regulerer ”handelspraksis” i direktivet si tyding retta mot forbrukarar, vert det stilt tydelege krav til utforminga av forskrifta.

Av direktivet artikkel 5 (2) går det fram at ein handelspraksis er urimeleg dersom

«a) den er i modstrid med kravet om erhvervsmæssig og b) væsentligt forvrider eller kan forventes væsentligt at forvride den økonomiske adfærd i forhold til produktet hos gennemsnitsforbrugeren, som bliver genstand for den, eller som den er rettet mod, eller, hvis den pågældende handelspraksis rettes mod en særlig gruppe af brugere, hos et gennemsnitligt medlem af denne gruppe.»

Vidare definerer artikkel 5 (4) to presise kategoriar som særleg skal verte rekna som urimelege. Det gjeld praksisar som er a) «vildledende, jf. artikkel 6 og 7» eller b) «aggressiv, jf. artikkel 8 og 9».

I tillegg er det i vedlegg 1 til direktivet oppstilt ei uttømmande liste over handelspraksisar som i tråd med artikkel 5 (5) under alle omstende vert rekna som urimelege . Handelspraksisane på denne lista er ikkje nødvendige å vurdere opp mot artiklane i direktivet sidan dei er urimelege og dermed òg ulovlege i seg sjølv.

I avsnitt 17 i fortalen står det at

«Med henblik på at sikre yderligere retssikkerhed er det ønskeligt at få præciseret, hvilke former for handelspraksis der under alle omstændigheder anses for urimelige ... Disse former for handelspraksis er de eneste, der kan anses for urimelige, uden først i hvert enkelt tilfælde at være blevet vurderet i forhold til bestemmelserne i artikel 5-9».

Kva dette inneber går fram av retningslinjene, der det står at « ... hvis det kan bevises, at en erhvervsdrivende rent faktisk har benyttet en sådan praksis, behøver de nationale myndigheder ikke at vurdere, hvilken indvirkning den har haft på gennemsnitsforbrukerens økonomiske adfærd for at kunne skride ind over for den».²⁰²

Dette inneber at dersom ei forskrift etter konkurranselova § 14 er på direktivet sitt verkeområde, men ikkje er omfatta av den uttømmende lista av urimelege handelspraksisar, vil forskrifta vere i konflikt med direktivet dersom den ikkje stiller opp ei konkret vurdering av om den aktuelle praksisen er urimeleg etter direktivet sine retningslinjer. Forskrifta vil dermed berre vere i tråd med direktivet dersom ho anten fell under den uttømmende lista i vedlegg 1, eller stiller opp ei konkret urimelegheitsvurdering etter artikkel 5. Dette er òg stadfesta i rettspraksis som oppgåva vil ta føre seg nedanfor i punkt 4.3.3.

Det er likevel verken kva som utgjer handelspraksis eller når denne er urimeleg i direktivet si tyding som er problemstilling for denne delen av masteroppgåva.

Problemstillinga er i første omgang om ei nasjonal regulering som indirekte påverkar forbrukarane sine interesser, vert omfatta av verkeområdet til direktivet.

Ei forskrift etter konkurranselova § 14 vil sjeldan, om nokon gong, utelukkande påverke interessene til profesjonelle aktørar. Interessene til forbrukarane vil som oftast, om ikkje alltid, verte indirekte påverka i ulik grad.

Spørsmålet er då om direktivet med sitt mål om totalharmonisering har meint å omfatte slik indirekte påverknad av forbrukarinteresser. Dersom indirekte påverknad av forbrukarane sine interesser er tilstrekkeleg for at Handelsdirektivet gjer seg gjeldande, vil dette avgrense moglegheitene for norske styresmakter til å regulere sluttbrukarmarknaden etter konkurranselova § 14 utover rammene direktivet stiller opp.

²⁰² *ibid* punkt 3.

I andre omgang vil oppgåva stille eit spørsmål av meir grunnleggjande karakter, og det er spørsmålet om det i det heile teke har vore tilsikta at direktivet skal ramme konkurransereguleringar av typen som i konkurranselova § 14, det vil seie reguleringar av effektiv konkurranse.

Eit nektande svar på dette, vil gjere problemstillinga om korvidt indirekte påverknad av forbrukarane sine interesse er omfatta av direktivet, overflødig.

På liknande måte som under reglane om dei fire fridommene under punkt 3.1 og 3.2, er det problemstillingar rundt føremål og tilhøvet mellom ulike rettsområder som har fokus i denne delen av masteroppgåva. Til skilnad frå under reglane om dei fire fridommene, vel eg å byrje med problemstillinga om føremål. Ettersom tilhøvet mellom reguleringar av effektiv konkurranse og Handelsdirektivet vert handsama mykje grundigare i denne delen av oppgåva, vert dette ei meir naturleg rekkjefølgje å handsame problemstillingane i.

4.2.3 Vil indirekte påverknad av forbrukarane sine interesser verte ramma av direktivet?

I litteratur og rettspraksis har det vist seg at det mellom anna er uklart i kor stor grad interessene til forbrukarane må vere påverka for at ei nasjonal regulering er omfatta av direktivet. I Noreg skapa dette, som oppgåva var inne på under punkt 1.3, konflikt mellom staten v/FAD og ESA, i tillegg til SAS og staten v/FAD. ESA og SAS hevda at Noreg si forskrift om flybonusprogram var i strid med Handelsdirektivet, noko staten v/FAD ikkje var samd i.²⁰³

²⁰³ ESA sitt brev 4.Juli 2012 avsnitt 70 http://www.nettavisen.no/multimedia/na/archive/01077/esa-bonusforbud_1077189a.pdf. FAD sitt brev til 18.oktober 2012 <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/pressesenter/pressemeldinger/2012/bonusforbud-ikke-i-strid-med-eos-avtala.html?id=705404>

Av retningslinjene til Kommisjonen går det fram at

«Hvis der er et sammenfald mellem forbrugernes og konkurrenternes interesser, vil nationale regler, der tager sigte på at beskytte både forbrugere og konkurrenter, falde ind under direktivet.»²⁰⁴

Når det gjeld konkurranselova §14 som først og fremst skal sikre effektiv konkurranse mellom profesjonelle aktørar i marknadar, vert spørsmålet då om ein indirekte positiv effekt for forbrukarar er tilstrekkeleg for at forskrifta vert rekna for å ha eit blanda føremål. Det oppgåva vurderer er såleis kva slags krav som vert stilt for at ei nasjonal regulering har til føremål å verne forbrukarar mot urimeleg handelspraksis i direktivet si tyding.

EU-domstolen har i fleire saker teke stilling til spørsmålet knytt til om nasjonale reguleringar som delvis vernar forbrukarinteresser, vert rekna for å vere på verkeområdet til direktivet.²⁰⁵

Mediaprint var ein tvist mellom to aviser, «Österreich Zeitungsverlag» og «Mediaprint Zeitungs – und Zeitschriftenverlag» der spørsmålet var om ei austerrisk regulering som sat forbod mot sal med tilgift var i strid med Handelsdirektivet.²⁰⁶ Tvisten oppstod på bakgrunn av ein konkurranse i avisa «Österreich Zeitungsverlag» om kåring av «årets fotballspelar», der deltakarar mellom anna kunne stemme ved å fylle ut ein røystesetel som følgde med papiirutgåva av avisa som eit alternativ til å delta over internett.

«Mediaprint Zeitungs – und Zeitschriftenverlag» fekk medhald i «Handelsgericht Wien» om at ein konkurransedeltaking som delvis var avhengig av at forbrukarane måtte kjøpe avisa, utgjorde sal med ulovleg tilgift etter austerrisk rett. Avisa vart derimot frikjend i

²⁰⁴ *ibid.*

²⁰⁵ Sak C-304/08 *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV mot Plus Warenhandelsgesellschaft mbH*, Sml. 2010 s. I-217. Sak C-540/08 *Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG mot «Österreich-Zeitungsverlag GmbH*, Sml. 2010 s. I-10909.

²⁰⁶ Sak C-540/08 *Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG mot «Österreich-Zeitungsverlag GmbH*, Sml. 2010 s. I-10909. Austerrisk regulering: «Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb» 1984 [BGBI I, 448/1984 § 9a første avsnitt nr.1.

«Oberlandesgericht Wien», men saka vart anka til «Oberster Gerichtshof» som tok saka til EU-domstolen. For EU-domstolen vart det stilt prejudisielt spørsmål om:

«Er artikel 3, stk. 1, og artikel 5, stk. 5, i [direktivet] – eller andre bestemmelser i dette direktiv – til hinder for en national lovgivning, hvorefter det er ulovligt at annoncere, tilbyde eller yde vederlagsfri tilgift til periodiske tryksager samt annoncere vederlagsfri tilgift til andre varer eller tjenesteydelser med undtagelse af tilfælde, der er opregnet udtømmende, uden at det fra sag til sag skal efterprøves, hvorvidt denne handelspraksis har en vildledende, aggressiv eller på anden måde urimelig karakter, også når denne lovgivning ikke kun tjener til beskyttelsen af forbrugere, men også tjener andre formål, som ikke er omfattet af [direktivets] materielle anvendelsesområde, såsom opretholdelsen af et alsidigt presseudbud og beskyttelsen af svagere medkonkurrenter?»²⁰⁷

EU-domstolen viste til *Plus Warenhandelgesellschaft* avsnitt 37, og gav uttrykk for at det ikkje var nokon tvil om at slike promoteringskampanjar utgjorde handelspraksis i direktivet si tyding.²⁰⁸

På spørsmålet om reguleringar med fleire føremål enn berre forbrukarvern var omfatta av verkeområdet til direktivet, framheva EU-domstolen direktivet sitt vide nedslagsfelt og at den omtvista nasjonale reguleringa ikkje utelukkande tok sikte på å verne profesjonelle aktørar.²⁰⁹ Retten uttala vidare at sjølv om hovudføremålet var ei mangfaldig presse, kom ingen av unntaka i verken fortalen avsnitt 6 eller 9 eller artikkel 3 i bruk.²¹⁰

Det finst fleire saker som omhandlar spørsmålet om salsfremjande tiltak er i strid med Handelsdirektivet, og mange har hatt same tilnærming som *Mediaprint*.²¹¹ Dommane verkar å

²⁰⁷ Sak C-540/08 Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG mot «Österreich-Zeitungsverlag GmbH, Sml. 2010 s. I-10909, avsnitt 13.

²⁰⁸ Sak C-304/08 Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV mot Plus Warenhandelgesellschaft mbH, Sml. 2010 s. I-00217.

²⁰⁹ Sak C-540/08 Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG mot «Österreich-Zeitungsverlag GmbH, Sml. 2010 s. I-10909, avsnitt 21.

²¹⁰ *ibid* avsnitt 26.

²¹¹ Sameina saker C-261/07 og C-299/07 VTB-VAB NV mot Total Belgium NV og Galatea BVBA mot Sanoma Magazines Belgium NV, Sml. 2009 s. I-02949. Sak C-304/08 Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV mot Plus

gi uttrykk for at så lenge forbrukarvern er eit av føremåla, stiller direktivet krav om totalharmonisering.

Felles for sakene er at forbrukarføremålet har kome relativt klart fram av dei omhandla føresegnene. Den omtvista reguleringa i *Mediaprint*, UWG § 9a avsnitt 1 nr. 1, hadde «udtrykkeligt til formål at beskytte forbrugerne og ikke udelukkende at beskytte konkurrenterne og de øvrige markedsaktører».²¹² Dette kan tyde på at ei føresegn som konkurranselova § 14 ikkje vert omfatta av direktivet då føresegna berre påverkar forbrukarane sine interesser indirekte.

Dette kan kanskje verte støtta opp av døme frå retningslinjene til direktivet om når nasjonale føresegner vert rekna for å regulere handelspraksis overfor forbrukarar.²¹³ Retningslinjene nemner føresegner som regulerer krav til korleis tilboda vert presenterte overfor forbrukarar under sesongsal, under dette krav om transparens. Det er liten tvil om at ei slik regulering vil verte omfatta av direktivet då ho utelukkande rettar seg mot forbrukarar. Dette kan kanskje tyde på at påverknaden av forbrukarinteressene må vere direkte for å verte omfatta av direktivet.

På den andre sida nemnar ikkje EU-domstolen noko om indirekte påverknad. At han ikkje nemnar noko om dette, kan mogelegens tale for at slik påverknad ikkje er tilstrekkeleg for å verte omfatta av verkeområdet til direktivet.

Dette vert derimot spekulativt, og oppgåva vil heller vise at svaret på konkurranselova § 14 sin posisjon når det gjeld Handelsdirektivet, truleg kan verte forklart på eit meir grunnleggjande nivå.

Warenhandelgesellschaft mbH, Sml. 2010 s. I-00217. Sak C-522/08 Telekomunikacja Polska mot Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, Sml. 2010 s. I-02079.

²¹² Sak C-540/08 Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG mot «Österreich-Zeitungsverlag GmbH, Sml. 2010 s. I-10909, avsnitt 23.

²¹³ «Vejledning i gennemførelsen/anvendelsen af Direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis», punkt 1.7.

Av avsnitt 6 i fortalen til direktivet går det fram at direktivet korkje «omfatter eller berører de nationale love om urimelig handelspraksis, som *udelukkende* skader konkurrenternes økonomiske interesser, eller som vedrører transaksjoner mellom erhvervsdrivende» (mi kursivering).

Retningslinjene til direktivet utdjupar dette og slår fast at «(n)ationale regler om f.eks. salg til under kostpris eller salg med tab, som alene tager sigte på at sikre en fair konkurrence på markedet, falder derfor ikke ind under direktivet».²¹⁴ Dette tyder på at direktivet og retningslinjene trekkjer ei grense for verkeområdet til direktivet mot rettferdig konkurranseregulering.

Av retningslinjene går det vidare fram fleire døme på når nasjonale føresegner utelukkande vert rekna for å regulere handelspraksis som rettar seg mot næringsdrivande.²¹⁵ Eitt av døma er nasjonale føresegner som regulerer datoar for sesongsal for å verne om mindre aktørar, i dei engelske retningslinjene vert desse kalla «SMEs» («small and medium enterprises»), for å sikre ein rettferdig konkurranse i marknaden ved å hindre at store kjeder har sal heile året.

Dømet er eit klassisk eksempel på rettferdig konkurranseregulering der føremålet er å verne aktørane i marknaden.²¹⁶ Ei slik regulering har ikkje som føremål å verne om forbrukarinteresser. Ein kunne kanskje tatt dette dømet til inntekt for at indirekte påverknad av forbrukarane sine interesser ikkje var tilstrekkeleg for å verte ramma av direktivet. Sal vil ha ein lokkeeffekt på forbrukarane, og mangel på slike reguleringar over tid kan føre til dårlegare utval og færre aktørar i marknaden. Dermed kan slike reguleringar ha ein positiv indirekte effekt for forbrukarane på sikt. På same måte som at at desse effektane på

²¹⁴ «Vejledning i gennemførelsen/anvendelsen af Direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis», punkt 1.7.

²¹⁵ *ibid.*

²¹⁶ I mangel på norsk terminologi, har eg valt å kalle dette «rettferdig konkurranseregulering». På tysk heiter dette «wettbewerbsrecht».

interessene til forbrukarane ikkje er tilstrekkelege for at ei regulering av denne art vert omfatta av direktivet, kunne ein argumentert for at indirekte påverknad etter forskrifter av konkurranselova § 14 sin art difor heller ikkje vart omfatta av direktivet.

Dette vert likevel eit svakt argument ettersom det ikkje finst nokon garanti for at rettferdig konkurranseregulering på sikt vil kome forbrukarane til gode. Dette igjen viser skiljet oppgåva skal utdjupe under punkt 4.3 mellom effektiv og rettferdig konkurranseregulering.

EU-domstolen stadfesta i *INNO* at reguleringar om sesongsal ikkje vert ramma av direktivet.²¹⁷ Sakene *Wamo* og *INNO* omhandla ei belgisk regulering om periodesal.²¹⁸ Til skilnad frå sakene ovanfor, kom ikkje føremålet med reguleringa klart fram.

I *Wamo* var det tvist mellom kleskjedene JBC and Modemakers Fashion (MF) og konkurrenten Wamo BVBA. Sistnemnde hadde sendt ut invitasjonar til førsal i butikkane til spesielle kundar. JBC og MF meinte dette var i strid med belgisk rett som la ned forbod mot annonsering av sal i visse periodar.²¹⁹ Den belgiske «Rechtbank van Koophandel te Dendermonde» gav JBC og MF medhald. Wamo protesterte og gjorde mellom anna gjeldande at den nasjonale reguleringa var i strid med direktivet.²²⁰

«Rechtbank van Koophandel te Dendermonde» utsette då saka, og stilte følgjande prejudisielle spørsmål for EU-domstolen: «Er [direktivet om urimelig handelspraksis] [...] til hinder for en national bestemmelse som artikkel 53 i [LPPC], der forbyder at annoncere eller antyde rabatter i bestemt afgrænsede perioder?»²²¹

²¹⁷ Sak C-126/11 *INNO NV* mot Unie van Zelfstandige Ondernemers VZW (UNIZO), endå ikkje publisert.

²¹⁸ Sak C-288/10 *Wamo BVBA mot JBC NV og Modemakers Fashion NV*, Sml. 2011 s. I-05835.

²¹⁹ Belgisk lov av 14. juli 1991 om handelspraksis og forbrukarvern (*Belgisch Staatsblad* 29.8.1991, «LPPC»).

²²⁰ Sak C-288/10 *Wamo BVBA mot JBC NV og Modemakers Fashion NV*, Sml. 2011 s. I-05835, avsnitt 15.

²²¹ *ibid* avsnitt 16.

For å kunne svare på det prejudisielle spørsmålet, viste EU-domstolen til at det måtte «undersøges, om LPPC's artikel 53, stk. 1, der finder anvendelse i tidsmæssig henseende på de faktiske omstændigheder i hovedsagen, har til formål at beskytte forbrugerne og således er omfattet af anvendelsesområdet for direktivet om urimelig handelspraksis».²²²

EU-domstolen viste deretter til direktivet og tidlegare rettspraksis, og uttala at

«Som det fremgår af sjette betragtning til direktivet om urimelig handelspraksis, er det alene de nationale love om urimelig handelspraksis, som »udelukkende« skader konkurrenters økonomiske interesser, eller som vedrører transaktioner mellem erhvervsdrivende, der er udelukket fra direktivets anvendelsesområde (jf. dommen i sagen Plus Warenhandelsgesellschaft, præmis 39, og i sagen Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, præmis 21)».²²³

Det gjekk, som nemnd, derimot ikkje klart fram kva føremålet bak den belgiske reguleringa var. «Rechtbank van Koophandel te Dendermonde» hadde utelukkande vist til ein dom frå Arbitragehof avsagt 2.mars 1995, 10 år før direktivet vart vedteken. På bakgrunn av dette hadde «Rechtbank van Koophandel te Dendermonde» fremja at forbodet tidlegare hadde hatt ei dobbeltføremål: «for det første at sikre, at de priser, der anvendes direkte før og i udsalgssperioden, er gennemsigtige til gagn for forbrugerbeskyttelsen, og for det andet at sikre like afsætningsmuligheder for de handlende og beskytte de mindre butikker».²²⁴

EU-domstolen uttala at han ikkje var førelagd opplysningar nok til å avgjere om forbodet «i realiteten har til formål at beskytte forbrugerne», og stadfesta eller avkrefta dermed ikkje om reguleringa av sesongsal var omfatta av direktivet.²²⁵

Dette vart derimot avkrefta i *INNO*.²²⁶

²²² *ibid* avsnitt 20.

²²³ *ibid* avsnitt 22.

²²⁴ *ibid* avsnitt 24.

²²⁵ *ibid* avsnitt 26.

²²⁶ Sak C-126/11 *INNO NV* mot Unie van Zelfstandige Ondernemers VZW (UNIZO), endå ikkje publisert.

Ei presisering; saka nedanfor eksisterer foreløpig berre på nederlandsk og fransk (sist oppdatert 28/5- 2013).

I *INNO* vart spørsmålet om føremålet bak det same forbodet som i *Wamo* sett meir på spissen. Saka gjaldt ein tvist mellom INNO NV, ein kleskjede, og interesseorganisasjonane Unie van Zelfstandige Ondernemers VZW (Unizo), Organisatie voor de Zelfstandige Modedetailhandel VZW (Mode Unie) og Albert Couture BVBA. I 2005 tilbydde INNO alle kundane sine kundekortet «Advantage» for 5 Euro for å dra nytte av ein rekkje kampanjar. 13. desember 2007 fekk alle korthaldarar som hadde gjort minst to kjøp frå september 2006 til 30.november 2007 eit brev i posten om at dei ville få rabatt på visse produkt på opptil 50 % i perioden 26.- 31.desember ved presentasjon av det originale brevet i butikk.

Etter å ha tapt både i første og andre instans, tok INNO saka til «Hof van Cassatie», som tok dette vidare til EU-domstolen og stilte følgjande prejudisielle spørsmål:

«Skal Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF [1] af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked ... fortolkes således, at disse artikler er til hinder for en national bestemmelse som ... forbyder, at de erhvervsdrivende i spærreperioden fra den 15.november til den 2. januar og fra den 15. maj til den 30. juni annoncerer med prisnedsættelser ... uanset den af den nationale lovgiver anførte dobbelte målsætning, nemlig på den ene side at beskytte forbrugerens interesser og på den anden side at regulere konkurrenceforholdet mellem de erhvervsdrivende, i *virkeligheden* vedrører konkurrenceforholdet mellem de erhvervsdrivende og ikke effektivt bidrager til beskyttelse af forbrugerne, når lovens øvrige garantier tages i betragtning?» (mi kursivering).²²⁷

«Hof van Cassatie» formulerte seg litt annleis enn «Rechtbank van Koophandel te Dendermonde» i *Wamo*, og spurde om direktivet må verte tolka slik at den utelukkar ei

²²⁷ Sak C-126/11: Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Hof van Cassatie van België (Belgien) den 10. marts 2011 — INNO NV mod Unie van Zelfstandige Ondernemers VZW (UNIZO), Organisatie voor de Zelfstandige Modedetailhandel VZW (Mode Unie), Couture Albert BVBA, EUT C 152 af 21.5.2011, s. 15–15. Spørsmålet vert stilt i avsnitt 16 i dommen.

nasjonal føresegn av typen som det belgiske generelle forbodet mot annonsering av rabattar i visse periodar, når denne i motsetnad til dei føremåla lovgivar har bestemt, ikkje medverkar effektivt til vern av forbrukarane, men utelukkande er meint å handtere tilhøvet mellom profesjonelle aktørar.

EU-domstolen kom med mange av dei same merknadane som i *Wamo*, men stadfesta eksplisitt at dersom ei nasjonal føresegn som det belgiske forbodet berre tok sikte på å regulere tilhøva mellom profesjonelle aktørar, vart føresegna ikkje omfatta av verkeområdet til direktivet.²²⁸

«Dès lors, une disposition nationale telle que celle en cause au principal n'est pas susceptible de relever du champ d'application de la directive sur les pratiques commerciales déloyales si elle se limite seulement, comme le considère la juridiction de renvoi, à réglementer les relations concurrentielles entre commerçants et ne poursuit pas des finalités tenant à la protection des consommateurs.»

EU-domstolen gav uttrykk for at det er dei reelle føremåla som er avgjerande, og verkar dermed å stadfeste at ei slik regulering av sesongsal fall utanfor verkeområdet til direktivet.

Frå eit større perspektiv er dommen ein god illustrasjon på at direktivet sitt verkeområde vert avgrensa mot rettferdig konkurranseregulering. Dette igjen, viser at svaret på kva slags posisjon reguleringar av typen som konkurranselova § 14 har, er å finne på eit meir grunnleggjande nivå. Ved å trekkje ei grense mot reguleringar som utelukkande har til føremål å sikre rettferdig konkurranse blant aktørane i ein marknad, viser dette at direktivet mest sannsynleg ikkje har meint å trekkje ei grense mot effektiv konkurranseregulering. Dette vil oppgåva forklare nærare i punkt 4.3.

²²⁸ Sak C-126/11 INNO NV mot Unie van Zelfstandige Ondernemers VZW (UNIZO) m.fl, endå ikkje publisert, avsnitt 29.

4.3 Har ein meint å ramme reguleringar av effektiv konkurranse?

4.3.1 Effektiv versus rettferdig konkurranseregulering

Wamo og *INNO* omhandla ikkje reguleringar om effektiv konkurranserett, men reguleringar som i norsk rett vert plassert innanfor marknadsføringsretten. Oppgåva har valt å omtale dette som skilnaden mellom «effektiv konkurranseregulering» og «rettferdig konkurranseregulering».²²⁹ Hovudskilnaden ligg i sjølve namna; medan reguleringar av typen som konkurranselova § 14 tek sikte på å sikre effektiv konkurranse i marknader, er hovudhensikta med reguleringar av typen som i dømet frå retningslinjene å verne om aktørane i marknaden.²³⁰

I denne delen av masteroppgåva vert det utdjupa kvifor eg meiner konkurranselova § 14 ikkje vert ramma av direktivet. Eg har ikkje funne noko rettspraksis eller annan litteratur på dette temaet. Difor vert drøftinga nedanfor gjort ut frå systemvurderingar.

Av punkt 6 av fortalen til direktivet går det fram at

«Derfor foretages der ved dette direktiv en tilnærmelse af medlemsstaternes love om urimelig handelspraksis, herunder illoyal reklame, som direkte skader forbrugernes økonomiske interesser og derved indirekte skader legitime konkurrenters økonomiske interesser. I overensstemmelse med proportionalitetsprincippet beskytter direktivet forbrugerne mod følgerne af urimelig handelspraksis, når disse er væsentlige, men det erkendes, at virkningerne for forbrugerne i visse tilfælde kan være ubetydelige. Direktivet hverken omfatter eller berører de nationale love om urimelig handelspraksis, som udelukkende skader konkurrenternes økonomiske interesser, eller som vedrører transaktioner mellem erhvervsdrivende.»

Som rettspraksis og direktivet viser, skal direktivet ikkje hindre reglar om handelspraksis som «udelukkende» tek sikte på å regulere lojal konkurranse eller god forretningsskikk mellom

²²⁹ Sjå fotnote 216.

²³⁰ «Vejledning i gennemførelsen/anvendelsen af Direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis», punkt 1.7.

næringsdrivande. Derimot og som vi har sett tidlegare er det slik at dersom reglar av denne typen har spor av forbrukarvern i seg, vil dei vere innanfor direktivet sitt verkeområde.

På denne bakgrunn vert det trekt ei grense mellom når direktivet kjem i bruk mellom reguleringar som omhandlar forbrukarane sine interesser, anten åleine eller saman med andre interesser, og reguleringar som berre omhandlar næringsdrivande sine interesser. Dette inneber òg eit skilje mellom det som vert kalla reglar om forbrukarvern, og det som vert kalla reglar om lojal eller rettferdig konkurranse. Sistnemnde vert typisk teke hand om av reglar om marknadsføring, god forretningsskikk og liknande, som er noko anna enn det som på norsk vert kalla konkurranserett.²³¹ Eg har ikkje funne gode uttrykk for skiljet. På tysk sonndrar ein her mellom «wettbewerbsrecht» og «kartellrecht» der det sistnemnde er det vi i Noreg kallar konkurranserett.

Oppgåva vil utdjupe dømet som vist til fleire gonger frå retningslinjene om nasjonale reguleringar om datoar for sesongsal for å verne om små og mindre føretak for å illustrere skiljet. Slike reguleringar vil ikkje nødvendigvis føre til effektiv konkurranse som våre konkurransereglar skal fremje. Tvert om, kan dette føre til det motsette av effektiv konkurranse ved at aktørar som aldri ville overlevd i marknaden elles, klarer seg. Dette er ikkje det som vert forstått med norsk effektiv konkurranserett, men heller norsk marknadsføringsrett eller handelspraksisrett.

I retningslinjene står det òg at «[d]irektivet tager desuden sigte på at sikre, fremme og beskytte en fair konkurrence i relation til handelspraksis», men det står ikkje noko om effektiv konkurranse.²³² Direktivet verkar dermed ikkje å stille opp ei grense mot effektiv konkurranseregulering.

²³¹ Europaparlamentet, 2011, «Briefing paper on addressing unfair practices in business-to-business relations in the internal market» <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201108/20110825ATT25282/20110825ATT25282EN.pdf>, sjå særleg s. 15-16.

²³² Arbejdsdokument fra Kommissionens Tjenestegrene: Vejledning i gennemførelsen/anvendelsen av Direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis, SEK(2009) 1666, andre avsnitt i innleiinga.

Skiljet direktivet trekk opp mellom forbrukarvernjuss og rettferdig konkurranseregulering/god forretningsskikk, passer difor ikkje når ein skal vurdere om føremålet bak ei føresegn som konkurranselova § 14, som har eit effektivt konkurranseføremål, er innanfor eller utanfor direktivet sitt verkeområde. Mykje tyder difor på at det vert feil å måle føresegner av denne typen opp mot rettspraksisen ovanfor i punkt 4.3.3.

4.3.2 Forbrukaromgrepet

Ein annan skilnad som tilseier at direktivet ikkje rammar effektiv konkurranseregulering, er forbrukaraspektet. Føremålet med den norske konkurranselova er mellom anna å verne interessene til forbrukarane, jamfør § 1 andre avsnitt. Interessene til forbrukarane spelar dermed sjølvstendig og ei viktig rolle i den effektive konkurranseretten, men dette vert ikkje det same som det klassiske forbrukarvernet direktivet tek sikte på. For å forstå kva det dreiar seg om, kan ein sjå føre seg eit sjølvstendig forbrukaromgrep i den effektive konkurranseretten. Med dette meiner eg at der andre rettsområde tek særleg sikte på å verne forbrukarane sine rettar som den svakaste parten, har ein i konkurranseretten ei meir samfunnsøkonomisk tilnærming til forbrukaromgrepet. Olav Kolstad skriv om konkurranselova § 1 at

«Det kan reises spørsmål om § 1 annet ledd henviser til forbrukerhensyn i videre forstand, slik at konkurranseloven blir et virkemiddel for å fremme forbrukerpolitiske hensyn i tillegg til de konkurransepolitiske hensyn som nevnes i første ledd. Flertallets henvisning til forbrukernes interesser må ses som en henvisning til forbrukernes interesser i velfungerende markeder. *De fordeler komiteen peker på at konkurranse gir forbrukerne, er ikke fordeler som er resultat av at spesifikke forbrukerhensyn fremmes, men positive resultater velfungerende markeder generelt gir etterspørerne.* § 1 annet ledd tolkes m.a.o. som en presisering av at forbrukerne som gruppe har fordeler av at det hersker en effektiv konkurranse på markedene» (mi kursivering).²³³

Sejersted skriv om forbrukaromgrepet at

²³³ Olav Kolstad, Gyldendal Rettsdata, Kommentarer til lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven), hovedrevidert i 2008, note 9 andre avsnitt.

«Med «forbrukerne» menes ikke kun sluttbruker, men alle etterspørrere av et produkt, derunder produsenter som kjøper innsatsfaktorer til sin produksjon, grossister og detaljhandlere.»²³⁴

Forbrukarane vert betre stilt i marknadar der konkurransen er effektiv, og det er det ein har ønska å få fram ved å ta det uttrykkeleg inn i konkurranselova. Først og fremst skal ein sikre effektiv konkurranse, som i sin tur skal kome forbrukarane til gode.

Noverande konkurranselov har operert med ein totalvelferdsstandard bak føremålsføresegna. Av forarbeida til den komande konkurranselova går det derimot fram at «det overordnede målet med konkurranseloven er størst mulig samfunnsøkonomisk overskudd, men at dette best oppnås ved at det legges til grunn en konsumentvelferdsstandard ved håndheving av de enkelte bestemmelsene i loven. (...) For å klargjøre at konsumentvelferdsstandarden òg skal gjelde ved bruken av forskriftshjemmelen, er det inntatt en presisering av dette i bestemmelsens ordlyd. Med «forbruker» i § 14 menes det konkurranserettslige forbrukerbegrepet som omfatter alle avtagere av den aktuelle varen eller tjenesten, herunder sluttbrukere.»²³⁵ I praksis vil dette seie at ved ein konsumentvelferdsstandard vil det avgjerande ved vurderinga av dei samfunnsøkonomiske gevinstane vere at konsumenten ikkje vert stilt dårlegare, til skilnad frå ein totalvelferdsstandard der forbrukaren sine tap kan verte oppvega av andre effektivitetsgevinstar.

Dette er rein samfunnsøkonomi, og har ikkje noko å gjere med tradisjonell forbrukarvernjuss, sjå punkt 1.5 av oppgåva. Forbrukarane sin posisjon under effektiv konkurranseregulering kan verte forklart på følgjande måte:

«Det er viktig å presisere at hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser skal være i forbrukernes interesse. På denne måte kommer effektivisering i konkurransen til samfunnets nytte gjennom bedre utvalg, høyere kvalitet og lavere pris. Å fremme konkurranse skal medvirke til å fremme forbrukerhensyn, og erfaring tilsier at forbrukerhensyn vert ivaretatt best i markeder med konkurranse».²³⁶

²³⁴ Fredrik Sejersted mfl. 2011, s. 537. Olav Kolstad mfl., *Norsk Konkurranserett Bind I*, Oslo 2007 s. 116.

²³⁵ NOU 2012:7 s. 20.

²³⁶ Innst. O. nr. 50 (2003-2004) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om A) lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og B) lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) mv. s. 31.

Som oppgåva var inne på under punkt 4.2.2 vil dermed ei forskrift etter konkurranselova § 14 sjeldan, om nokon gong, utelukkande påverke interessene til profesjonelle aktørar. Interessene til forbrukarane vil som oftast, om ikkje alltid, verte indirekte påverka i ulik grad. Dette gjeld ikkje berre konkurranselova § 14, men òg meir sentrale føresegner som konkurranselova §§ 10 og 11. Eg har vanskeleg for å tru at ein har meint at direktivet skal ramme slike reguleringar då dette ikkje ein gong er nemnd nokon plass som eg kan sjå, og i tillegg vil innebære konsekvensar for såpass sentrale føresegner. Dette vert støtta opp av at EU-konkurranseretten har den same tilnærminga til forbrukaromgrepet.

Dersom det vert lagt til grunn at direktivet rammar konkurransereguleringar av denne typen, tilseier dette at det er utelukka å bruke konkurranselova §§ 10 og 11 på ein konkurranseavgrensande praksis på forbrukarmarknaden, dersom praksisen ikkje allereie er forbode etter direktivet. Dette talar sterkt mot ei slik forståing av direktivet.

Det er òg interessant å sjå at det av Kommisjonen sitt forslag frå 2003 gjekk fram at

«Direktivet omhandler ikke kartelspørgsmål som f.eks. konkurrencebegrænsende aftaler, misbrug af dominerende stilling, fusioner og overtagelser. Det finder kun anvendelse på handelspraksis mellem virksomhed og forbruger og omfatter således ikke handelspraksis mellem virksomheder, som f.eks. vedrørende boykot og leveringsnægtelse».²³⁷

I tillegg, og som vart drøfta i punkt 4.3, går det fram av punkt 9 av fortalen at «(d)ette direktiv berører ikke ... EF's konkurrencebestemmelser eller nationale bestemmelser til gennemførelse af disse».

Eg har ikkje funne nokon ytterlegare kommentarar til desse utsegna, og eg er difor usikker på kva som skal verte forstått med desse merknadane. Førstnemnde tyder på at Kommisjonen på

²³⁷ Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets Direktive om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af direktiverne 84/450/EØF, 97/7/EF og 98/27/EF (direktivet om urimelig handelspraksis), punkt 41.

eit tidspunkt ikkje tilsikta at effektiv konkurranseregulering skulle vere omfatta av direktivet. Sistnemde viser truleg til rettferdig konkurranseregulering.

På den andre sida kan det, sidan det ikkje er kommentert ytterlegare, kanskje støtte opp under at det ikkje har vore tilsikta at reguleringar av effektiv konkurranse skal verte omfatta av direktivet.

Del 4 av oppgåva har vist at ein må skilje mellom effektiv og rettferdig konkurranseregulering, og at dette mest sannsynleg tilseier at konkurranselover § 14 ikkje vert omfatta av Handelsdirektivet sitt verkeområde.

5. Avslutning og oppsummering

Denne masteroppgåva har teke føre seg tre regelsett som Noreg har vedteke gjennom EØS-avtala, og kva slags grenser desse stiller opp for bruken av konkurranselova § 14. Oppgåva har vist at desse regelsetta avgrensar konkurranselova § 14 sin bruk på ulike måtar.

Del 1 av masteroppgåva viste at EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt avgrensar konkurranselova § 14 si forskriftregulering av profesjonelle aktørar sine åtferder i marknadane. Det er forbode med strengare reglar om samarbeid. I horisontale forhold vert ikkje stillteiane koordinering omfatta av avtaler eller samordna opptreden, og norske styresmakter står difor fritt til å regulere dette strengare gjennom forskrifter etter konkurranselova § 14. I vertikale forhold derimot oppstår det ein overlapp mellom einsidige åtferder og avtaler. Åtferdene står fram som einsidige, men materialiserer seg i avtaler i artikkel 53 si tyding. Dette reiser ei problemstilling om kvar desse åtferdene skal verte plassert etter EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt. Oppgåva har vist at det er gode grunnar for å rekne desse åtferdene som einsidige etter EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt, slik at dei utover artikkel 53 kan verte regulert strengare gjennom forskrifter etter konkurranselova § 14.

EØS-avtala sitt forbod mot økonomiske omsyn under reglane om dei fire fridommane avgrensar i utgangspunktet forskriftsreguleringar etter konkurranselova § 14 på alle nivå. Masteroppgåva har likevel vist at EU-domstolen ikkje har praktisert med eit absolutt forbod, noko som igjen tilseier at konkurransepolitiske omsyn ikkje kan verte utelukka på ein generell basis som legitime omsyn i grunngivinga av ein restriksjon.

Handelsdirektivet avgrensar forskriftsreguleringar etter konkurranselova § 14 retta mot urimeleg handelspraksis overfor forbrukarar. Direktivet grip såleis i utgangspunktet berre inn i sluttbrukarmarknaden. Likevel har oppgåva vist at det ikkje går tydeleg fram av direktivet om reguleringar retta mot profesjonelle aktørar i marknader som nødvendigvis vil ha ein indirekte effekt på forbrukarane sine interesser, er omfatta av direktivet. Direktivet kommenterer heller ikkje effektiv konkurranseregulering. Oppgåva har argumentert for at dette kan tilseie at reguleringar av konkurranselova § 14 sin art ikkje vert ramma av direktivet.

Avslutningsvis vil oppgåva kommentere samspelet mellom desse regelsetta då det ikkje berre er samspelet mellom regelsetta og konkurranselova § 14 som er interessant, men òg korleis samspelet mellom dei tre regelsetta vil påverke konkurranselova § 14. Ein kan til dømes spørje om det at ei åtferd er einsidig etter EØS-konkuuranselova § 7 andre avsnitt, inneber at styresmaktene står fritt til å gi forskrifter etter konkurranselova § 14 utan å måtte ta stilling til reglane om dei fire fridommane. Ein kan òg spørje om korleis dei to andre regelsetta vil stille seg, dersom ei forskrift ikkje strir mot Handelsdirektivet.

Masteroppgåva har vist at dei tre regelsetta opererer heilt uavhengige av kvarandre. I utgangspunktet inneber dette at bruken av eitt av regelsetta verken medfører at nokon av dei andre regelsetta kjem i bruk, eller at bruken av dei andre regelsetta er utelukka.²³⁸ Dette inneber at ei forskrift etter konkurranselova § 14 i utgangspunktet må verte vurdert opp mot alle regelsetta.

Likevel har eg konkludert med at Handelsdirektivet mest sannsynleg ikkje rammar konkurranselova § 14 i det heile teke. Moglegheitene som norske styresmakter har til å regulere marknader gjennom forskrifter etter konkurranselova § 14, vil derimot vere avgrensa av EØS-konkurranselova § 7 andre avsnitt og reglane om dei fire fridommane på dei måtane eg har vist.

²³⁸ Sjø blant anna sak 262/81 *Coditel SA, Compagnie Generale Pour La Diffusion de La Television mfl. Mot Cine-Vog Films SA mfl.*, Sml. 1982 s. 3381 om forholdet mellom konkurransereglane og fire fridommar.

6. Kjelder

6.1 Litteratur

Barnard, Catherine, *The substantive law of the EU : the four freedoms*, 2nd ed. (Oxford 2007).

Barnard, Catherine, *The substantive law of the EU : the four freedoms*, 3rd ed. (Oxford 2010).

Bellamy, Christopher og Graham D. Child, *European Community law of competition*, 6th ed. (London 2008).

Bull, Henrik, *Det indre marked for tjenester og kapital : import av finansielle tjenester* (Oslo 2002).

Dalland, Olav, *Metode og oppgaveskriving for studenter* (Oslo 2000).

Fejø, Jens mfl., *Denmark, Sweden, Finland and Austria* (Baden-Baden 2001).

Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett* (Bergen 2012).

Garde, Amandine, «The Unfair Commercial Practices Directive : a successful example of legislative harmonisation?» i *The judiciary, the legislature and the EU internal market*, Philip Syrpis (red.) (Cambridge 2012) s. 118-146.

Gjendemsjø, Ronny, *Oligopolproblemet. Om anvendelsen av TFEU artikkel 101 og 102 på koordinerte priser i et oligopol*, avhandling for graden philosophiae doctor (ph.d.), (Universitetet i Bergen 2011)

Heide-Jørgensen, Caroline, *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (København 2008).

Helle, Herdis, *Konkurransereglane i EU – og EØS-retten som skranke for nasjonale styresmakter*, avhandling for graden philosophiae doctor (ph.d.) (Universitetet i Bergen 2013).

Jakobsen, Peter Stig og Morten Broberg, «The Concept of Agreement in Article 81 E.C.: On The Manufacturers Right to Prevent Parallel Trade Within the European Community», *European Competition Law Review*, 2002 s. 127-141.

Jones, Alison og Brenda Sufrin, *EU competition law : text, cases, and materials*, 4th ed. (Oxford 2011).

Kolstad, Olav mfl., *Norsk Konkurranserett Bind I*, (Oslo 2007).

Lianos, Iannos, «Collusion in Vertical Relations under Article 81 EC», *Common market law review*. 2008 s. 1027-1077

Lianos, Ioannis og Okeoghene Odudu, *Regulating Trade in Services in the EU and the WTO Trust, Distrust and Economic Integration* (Cambridge 2012).

Lunde, Tore, «Urimeleg handelspraksis utan grenser», *Lov og Rett*, 2012 s. 23-44.

Mattera, Alfonso, *Le marché unique européen : ses règles, son fonctionnement* (Paris 1990).

Motta, Massimo, *Competition policy : theory and practice* (Cambridge 2004).

Norge, mfl., *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven : med kommentarer* (Oslo 2009) s. 144-154 og 879-888.

Odudu, Okeoghene, *The boundaries of EC competition law : the scope of Article 81* (Oxford 2006).

Rousseva, Ekaterina, *Rethinking exclusionary abuses in EU competition law* (Oxford 2010).

Schrauwen, Annette mfl., *Rule of reason : rethinking another classic of European legal doctrine : proceedings of the Annual Colloquium of the G.K. van Hogendorp Centre for European Constitutional Studies* (Groningen 2005).

Sejersted, Fredrik mfl., *EØS-rett* (Oslo 2011).

Snell, Jukka, Goods and services in EC law : a study of the relationship between the freedoms (Oxford 2002).

Snell, Jukka, «Economic Aims as Justification for Restrictions on Free Movement» i *Rule of reason : rethinking another classic of European legal doctrine*, Annette Schrauwen (red.) (Groningen 2005) s. 37-56.

Sunde, Jørn Øyrehage, «Frå læring til rettsbruk - metoderefleksjonar i høve skriving av juridiske mastergradsoppgåver», *Jussens Venner*, 2009 s. 2-24.

Vogelaar, Floris O. W., The EU competition rules : landmark cases of the EU Courts and the European Commission (Groningen 2010).

Whish, Richard og David Bailey, *Competition law* (Oxford 2012).

Wickihalder, Urs, «The distinction between an «agreement» within the meaning of Article 81(1) of the EC Treaty and unilateral conduct», *European competition journal*, 2006 s. 87-117.

6.2 Rettspraksis

EU-domstolen

Sak 7-61	<i>Kommisjonen mot Italia</i> , Sml. dansk spesialutgave 1954-1964 s. 271.
Sameina saker 56 og 58/64	<i>Établissements Consten S.à.R.L. og Grundig-Verkaufs-GmbH mot Kommisjonen</i> , Sml.1966 s. 429.
Sak 8/74	<i>Procureur du Roi mot Benoît og Gustave Dassonville</i> , Sml. 1974 s. 837.
Sak 104/75	<i>Adriaan de Peijper, direktør for selskabet Centrafarm BV</i> , Sml. 1976 s. 613.
Sak 85/76	<i>Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen</i> , Sml. 1979 s. 461.

Sak 120/78	Rewe – Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Sml. 1979 s. 649.
Sak C-175/78	<i>La Reine mot Vera Ann Saunders</i> , Sml. 1979 s. 1129.
Sak 262/81	Coditel SA, Compagnie Generale Pour La Diffusion de La Television mfl. mot Cine-Vog Films SA mfl., Sml. 1982 s. 3381.
Sak 29/82	<i>F.van Luijpen en Zn BV</i> , Sml. 1981 s. 151.
Sak 40/82	Kommisjonen mot Storbritannia, Sml. 1984 s. 283.
Sak 107/82	Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot Kommisjonen, Sml. 1983 s. 3151.
Sak 238/82	<i>Duphar m.fl. mot Nederland</i> , Sml. 1984 s. 523.
Sak 72/83	Campus Oil Limited m.fl. mot Minister for Industry and Energy m.fl., Sml. 1984 s. 2727.
Sak 229/83	Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc med fleire mot Sàrl «Au blé vert» m.fl., Sml. 1985 s. 1.
Sak 288/83	<i>Kommisjonen mot Irland</i> , Sml. 1985 s. 1761.
Sameina saker C-60/84 og C-61/84	Cinéthèque SA m.fl. mot Fédération nationale des cinémas français, Sml. 1985 s. 2605.
Sak 205/84	<i>Kommisjonen mot Tyskland</i> , Sml. 1986 s. 3755.
Sak C-118/86	Openbaar Ministerie mot Nertsvoederfabriek Nederland BV, Sml. 1987 s. 3883.
Sak C-277/87	Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA mot Kommisjonen, Sml. 1990 s. I-45.
Sak 279/87	Sak 279/87, <i>Tipp-Ex GmbH & Co. KG mot Kommisjonen</i> , Sml. 1990 s. I-261.
Sak 145/88	<i>Torfaen BC mot B&Q plc.</i> , Sml. 1989 s. 3851.
Sak C-41/90	Klaus Høfner og Fritz Elser mot Macrotron GmbH., Sml. 1991 s. I-1979.
C-62/86	<i>AKZO Chemie BV mot Kommisjonen</i> , Sml. 1991 s. I-3359.
Sak C-49/92 P	Kommisjonen mot Anic Partecipazioni Spa, Sml. 1999 s. I-4125.

Sak C-275/92	Her Majesty's Customs and Excise mot Gerhart Schindler og Joerg Schindler, Sml. 1994 s. I-1039.
Sameina saker C-267/91 og C-268/91	Straffesak mot Bernard Keck og Daniel Mithouard, Sml. 1993 s. I-6097.
C-324/93	Rv. Secretary of the Home Department, ex parte Evans Medical, Sml. 1995 s. I-563.
Sak C-384-93	Alpine Investments BV mot Minister van Financiën, Sml. 1995 s. I-1141.
Sak C-55/94	Reinhard Gebhard mot Consiglio Dell'Ordine Degli Avvocati e Procuratori Di Milano, Sml. 1995 s. I-4165.
Sameina saker C-140/94, C-141/94 og C-142/94	DIP SpA m.fl. mod Comune di Bassano del Grappa og Comune di Chioggia, Sml. 1995 s. I-3257.
C-237/94	<i>O'Flynn mot Adjudication Officer</i> , Sml. 1996 s. I-2617.
Sameina saker C-34/95, 35/95 og 36/95	Konsumentombudsmannen mot De Agostini (Svenska) Förlag og TV-Shop i Sverige AB, Sml. 1997 s. I-3843.
Sak C-73/95 P.	<i>Viho Europe mot Kommisjonen</i> , Sml. 1996 s. I-5457.
C-120/95	Nicolas Decker mot Caisse de Maladie des Employés Privés, Sml. 1998 s. I-1831.
Sak C-398/95	Syndersmos ton en Elladi Touristikon kai Taxidiotikon Grafeion mot Ypourgos Ergasias, Sml. 1997 s. I-3091.
Sak C-158/96	Raymond Kohll mot Union des Caisses de Maladie, Sml. 1998 s. I-1931.
Sak C-306/96	Javico International and Javico AG mot Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP), Sml. 1998 s. I-1983.
Sak C-348/96	<i>Straffesak mot Donatella Calfa</i> , Sml. 1999 s. I-11.
C-376/96	Straffesaker mot Jean-Claude Arblade og Arblade & Fils SARL og Bernard Leloup, Serge Leloup og Sofrage SARL, Sml. 1999 s. 8453.
Sak C-67/98	<i>Questore di Verona mot Diego Zenatti</i> , Sml. 1999 s. I-7289.
C-367/98	<i>Kommisjonen mot Portugal</i> , Sml. 2002 I-4731.

Sak T-319/99	Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) mot Kommisjonen, Sml. 2003 s. II-357.
C-483/99	<i>Kommisjonen mot Frankrike</i> , Sml. 2002 s. I-4781.
C-503/99	<i>Kommisjonen mot Belgia</i> , Sml. 2002 s. I-4809.
Sameina saker C-2/01 P og C-3/01 P	Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV og Kommisjonen mot Bayer AG, Sml. 2004 s. I-23.
Sak C-243/01	Straffesak mot Piergiorgio Gambelli m.fl., Sml. 2003 s. I-13031.
Sak C-464/02	<i>Kommisjonen mot Danmark</i> , Sml. 2005 s. I-7929
Sak C-411/03	<i>Sevic Systems AG</i> , Sml. 2005 s. I-1805.
Sak C-74/04 P	<i>Kommisjonen mot Volkswagen AG</i> , Sml. 2006 s. I-6585.
Sak C-196/04	Cadbury Schweppes plc og Cadbury Schweppes Overseas Ltd mot Commissioners of Inland Revenue, Sml. 2006 s. I-7995.
Sameina saker C-261/07 og C-299/07	VTB-VAB NV mot Total Belgium NV og Galatea BVBA mot Sanoma Magazines Belgium NV, Sml. 2009 s. I-2949.
C-171/08	<i>Kommisjonen mot Portugal</i> , Sml. 2010 s. I-6817.
Sak C-304/08	Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV mot Plus Warenhandelsgesellschaft mbH, Sml. 2010 s. I-217.
C-376/08	Serrantoni Srl og Consorzio stabile edili Srl mot Comune di Milano, Sml. 2009 I-12169.
Sak C-522/08	Telekomunikacja Polska mot Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, Sml. 2010 s. I-2079.
Sak C-540/08	Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG mot "Österreich-Zeitungsverlag GmbH, Sml. 2010 s. I-10909.
Sak C-360/09	<i>Pfleiderer AG mod Bundeskartellamt</i> , Sml. 2011 s. I-5161.
Sak C-288/10	Wamo BVBA mot JBC NV og Modemakers Fashion NV, Sml. 2011 s. I-5835.
Sak C-126/11	INNO NV mot Unie van Zelfstandige Ondernemers VZW (UNIZO) m.fl, Sml 2011, endå ikkje publisert.

Sak C-226/11

Expedia Inc. mod Autorité de la concurrence m.fl., Sml 2012,
endå ikkje publisert.

Framlegg frå generaladvokatane

Forslag til avgjerd fra generealadvokat Mancini, 14.september 1983 i sak 238/82 *Duphar m.fl. mot Nederland*, Sml. 1984 s. 523.

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Tizzano framsett den 22.mai 2003 om Sameina saker C-2/01 og C-3/01 P *Bundesverband der Arzneimittel Importeure eV og Kommisjonen mot Bayer AG*, Sml. 2004 s. I-23.

Retten

T-41/96

Bayer AG mot Kommisjonen, Sml. 2000 s. II-3383.

T-56/02

Bayerische Hypo – und Vereinsbank mot Kommisjonen,
Sml. 2004 s. II-3495.

Sak T-18/03

CD-Contact Data mot Kommisjonen, Sml. 2009 s. II-102.

EFTA-domstolen

Sak E-3/97

Jan og Kristian Jæger AS støtta av Norges Bilbransjeforbund mot Opel Norge AS, EFTA Ct. Rep 1998 s. 1.

Sak E-1/04

Fokus Bank ASA mot Den norske stat v/Skattedirektoratet, EFTA Ct. Rep. 2004 s. 11.

Sak E-1/06

EFTA sitt overvakingsorgan mot Noreg, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 8.

E-7/01

Hegelstad Eiendomsselskap Arvid B. Hegelstad mfl. mot Hydro Texaco AS, EFTA Ct. Rep 2002 s. 310.

Sameina saker

E-9/07 og E-10/07

L'Oréal Norge AS L'Oréal SA mot Per Aarskog AS, Nille AS, Smart Club AS, EFTA Ct. Rep 2008 s. 259.

Sak E-2/11 STX Norway Offshore AS m.fl. mot Staten v/Tariffnemda, endå ikkje publisert.

Britiske dommar

England and Wales Court of Appeal, UnipartGroup Ltd v 02 (UK) Ltd (formerly BT CellnetLtd) and Anor [2004] EWCA Civ 1034.

Høgsterett

Rettstidende 2008 s. 560.

Rettstidende 2011 s. 304.

6.3 Traktatar

EFT	Traktaten om opprettelse av Det Europeiske Fellesskap, 25. mars 1957.
TEU	Traktaten om Den Europeiske Union, 7. februar 1992.
EØS-avtala	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, 2. mai 1992.
ODA	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol, 2. mai 1992.
TEUF	Traktaten om Den Europeiske Unions Funksjonsmåte, 13. desember 2007.

6.4 Direktiv og forordningar

Rådets direktiv 88/361/EØF af 24. juni 1988 om gjennomførelse af Traktatens artikel 67
EFT L 178 af 8.7.1988, s. 5–18.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/65/EF af 23. september 2002 om fjernsalg af finansielle tjenesteydelser til forbrugerne og om ændring af Rådets direktiv 90/619/EØF samt direktiv 97/7/EF og 98/27/EF, EFT L 271 af 9.10.2002, s. 16–24.

Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, EFT L 1 af 4.1.2003, s. 1–25.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF af 29. april 2004 om unionsborgernes og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, om ændring af forordning (EF) nr. 1612/68 og om ophævelse af direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF (EØS-relevant tekst), EUT L 158 af 30.4.2004, s. 77–123.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 (direktivet om urimelig handelspraksis) (EØS-relevant tekst), EUT L 149 af 11.6.2005, s. 22–39.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF af 12. december 2006 om tjenesteydelser i det indre marked, EUT L 376 af 27.12.2006, s. 36–68.

6.5 Framlegg til ny sekundærlovgeving

Forslag til Rådets Forordning om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 og om ændring af forordning (EØF) nr. 1017/68, (EØF) nr. 2988/74, (EØF) nr. 4056/86 og (EØF) nr. 3975/87 (gennemførelsesforordning til traktatens artikel 81 og 82), KOM(2000) 582 endelig.

Forslag til Europaparlamentets og Rådets Direktiv om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af direktiverne 84/450/EØF, 97/7/EF og 98/27/EF (direktivet om urimelig handelspraksis), KOM(2003) 356 endelig.

6.6 Publikasjoner frå Kommisjonen

Grønbog om vertikale begrænsninger i EU's konkurrencepolitik, KOM(97) 678, december 1997.

Meddelelse fra Kommissionen til Europaparlamentet og Rådet. Rapport om anvendelsen af forordning 1/2003, KOM/2009/206 endelig udg.

Meddelelse fra Kommissionen — Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd, OJ [2009] C 45/7.

Commission staff working paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council. Report on the functioning of Regulation 1/2003, COM(2009)206 final.

Arbejdsdokument fra Kommissionens Tjenestegrene: Vejledning i gennemførelsen/anvendelsen af Direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis, SEK(2009) 1666.

Meddelelse fra Kommissionen. Retningslinjer for vertikale begrænsninger, SEK/2010/0411 endelig udg.

6.7 Norsk lovgiving

EØS-lova	Lov 27.november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområdet.
Lotterilova	Lov av 24.februar 1995 nr. 11 om lotterier.
EØS-konkurranselova	Lov 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler.
Konkurranselova	Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.
Flybonusforskrifta	Forskrift av 20.juni 2007 nr. 684 om forbod mot bonuspoeng i innanriks luftfart.
Bustadannonseringforskrifta	Forskrift av 9.september 2009 om tilgang til bustadannonsering på Internett.
Marknadsføringslova	Lov 1.september 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv.

6.8 Norske offentlige dokument

Ot. prp. nr. 41 (1992-1993) om A) lov om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranseloven) og b) lov om pristiltak.

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004). A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven).

Innst. O. nr. 50 (2003-2004). Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om A) lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og B) lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) mv.

Ot.prp. nr. 55 (2007-2008). Om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven).

NOU 2012: 7: Mer effektiv konkurranselov.

NOU 2013: 6: God handelsskikk i dagligvarekjeden, punkt 9.6 og kapittel 11.

6.9 Internett

Grundmann, Stefan og Florian Möslin, «Golden Shares - State Control in Privatised Companies: Comparative Law, European Law and Policy Aspects», 2003, tilgjengelig på http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=410580

DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brussels, 2005, tilgjengelig på <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

Kolstad, Olav, Gyldendal Rettsdata, Kommentarer til lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven), hovedrevidert i 2008.

Aadahl, Fredrik, «Økonomiske og administrative lovgivningshensyn i EØS-retten – nasjonale myndigheters handlefrihet på det indre marked» Perspektiv 03/11: Stortingets utredningsseksjon, tilgjengeleg på

http://www.stortinget.no/Global/pdf/Utredning/Perspektiv11_03.pdf

Europaparlamentet, «Briefing paper on addressing unfair practices in business-to-business relations in the internal market», 2011, tilgjengeleg på

<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201108/20110825ATT25282/20110825ATT25282EN.pdf>

EFTA sitt overvakingsorgan sitt brev 4.juli 2012, tilgjengeleg på

http://www.nettavisen.no/multimedia/na/archive/01077/esa-bonusforbud_1077189a.pdf

Fornyings- administrasjons og kirkedepartementet sitt brev 18.oktober 2012, tilgjengeleg på

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/pressesenter/pressemeldinger/2012/bonusforbud-ikke-i-strid-med-eos-avtala.html?id=705404>

7. Lister over tabeller, figurer o.l.

7.1 Uddrag fra Vejledning i gennemførelsen/anvendelsen af Direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis, SEK(2009) 1666 s. 61.

Nedenstående rutediagram illustrerer forholdet mellem den "sorte liste" og de generelle bestemmelser, nemlig artikel 6-9 og artikel 5. For at en handelspraksis skal kunne anses for at være urimelig og dermed ulovlig i henhold til direktivet, er det tilstrækkeligt, at den opfylder blot ét af disse kriterier.

